

ACESSO À VERSÃO DIGITAL

GRÁTIS NA NUVEM

Para visualizar o livro eletrônico na nuvem de leitura basta enviar seu nome e CPF, juntamente com a nota de compra e a foto do código de barras localizado na contra capa deste livro, para o email:

atendimento@tirant.com

Em até 3 dias úteis enviaremos as instruções e o código de acesso para a leitura do arquivo digital em PDF. Caso não receba ou tenha qualquer dúvida estamos disponíveis através do fone 11 2894 7330 e também do email suporte@tirant.com.

Observação importante: Leitura individual e para uso doméstico. É proibida toda forma de reprodução da obra, parcial ou integralmente. Obra protegida por direitos autorais. O acesso gratuito é para leitura em nuvem, não será enviado o arquivo do livro e não é permitido o download. Arquivo disponível em PDF.

ORGANIZADORES
João Otávio de Noronha
Paulo Pinto de Albuquerque

COMENTÁRIOS À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS



tirant
lo blanch

2020



Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Renata Milan

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

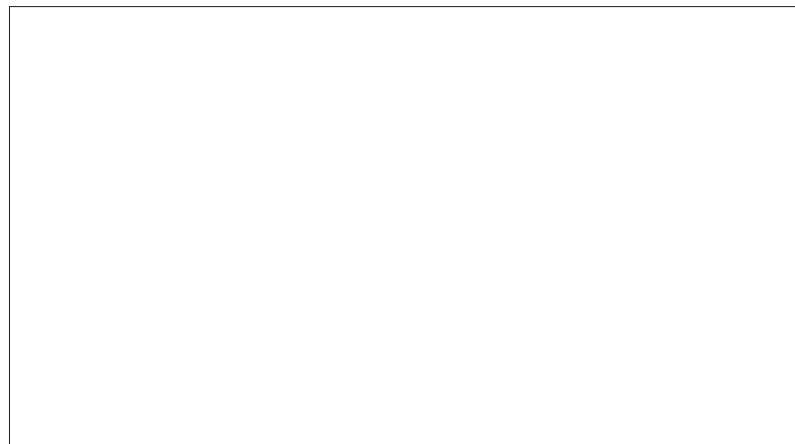
Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha



É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empòrio do Direito Editorial Ltda.



**tirant
lo blanch**

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Av. Brigadeiro Luís Antônio, 2909 - sala 44

Jardim Paulista, São Paulo - SP

CEP: 01401-002

www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

ORGANIZADORES
João Otávio de Noronha
Paulo Pinto de Albuquerque

COMENTÁRIOS À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS



tirant
lo blanch

2020

PREFÁCIO DO MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos dias 12 e 13 de março de 2020, o Superior Tribunal de Justiça sediou um evento que ficará marcado na história dos Direitos Humanos no Brasil – o Congresso sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos. A organização do evento teve o alto patrocínio do próprio Superior Tribunal de Justiça e da Corte Europeia de Direitos Humanos.

A exemplo do que aconteceu em Portugal em relação à Convenção Europeia análoga, por obra do esforço e tenacidade do Juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos, Professor Paulo Pinto de Albuquerque, e estimulado por ele, em sua incansável busca pelo aperfeiçoamento e pela difusão do tema, aceitamos o desafio, junto com a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, na pessoa do Professor Mamede Said Filho, de reunir um leque notável de autores em um grande Congresso dedicado à Convenção Americana de Direitos Humanos e à sua implementação no Brasil.

Além disso, convidamos na ocasião juízes das cortes superiores dos países signatários da Convenção Americana, seus embaixadores acreditados em Brasília e diversas autoridades, professores com doutorados, pesquisadores, juristas, cientistas políticos, enfim, todos aqueles que direta ou indiretamente tem na Convenção a argila de trabalho para moldar um mundo mais democrático, mais transparente e mais justo.

A Convenção, conhecida como Pacto de São José, foi assinada há 51 anos na Costa Rica pelos países membros da Organização dos Estados Americanos. Ela foi a responsável por estabelecer o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e se consolidou, ao longo das décadas, como um grande código dos direitos civis e políticos nas Américas.

A Convenção Americana de Direitos Humanos consagra em seu texto os direitos mais básicos do ser humano: os direitos civis e políticos; os direitos econômicos, sociais e culturais; o direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade e à proteção da honra; o reconhecimento da personalidade jurídica, da dignidade, da liberdade religiosa e de consciência, da liberdade de pensamento e de expressão; e o direito à livre associação.

Foi motivo de muita alegria verificar que a quase totalidade dos 24 países que ratificaram a Convenção estavam representados no Congresso. Além dos respectivos embaixadores, 5 desses países enviaram presidentes e membros de suas cortes superiores para compartilharem conosco, entre outros temas, a importância dos princípios e normas da Convenção em suas legislações nacionais.

Nos dois dias de trabalho, tivemos a oportunidade de ouvir as palestras de um grupo dos mais significativos e importantes especialistas em direitos humanos, entre os quais cito, para começar, o Ministro Francisco Rezek, ex-membro do Supremo Tribunal Federal, da Corte Internacional de Justiça e ex-Ministro das Relações Exteriores; a Doutora Flávia Piovesan, membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; a Doutora Sylvia Steiner, ex-Juíza do Tribunal Penal Internacional; o meu colega de magistério Ministro Augusto César Leite de Carvalho, do Tribunal Superior do Trabalho; a Doutora Inez Lopes, professora da Universidade de Brasília e o Doutor André de Carvalho Ramos, professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Sem deixar de citar o próprio Paulo Pinto de Albuquerque, Juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos, que nos brindou com uma primorosa exposição, além de incansavelmente ter avaliado, organizado, compilado e revisto sozinho as dezenas de textos que fazem parte desta obra. À Sua Excelência o nosso mais sincero agradecimento.

É justo nesta ocasião destacar que o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque empenhou-se com afincos na construção de uma relação institucional sólida e duradoura entre as principais instituições judiciais brasileiras e europeias. Preparou pessoalmente o acordo de cooperação entre a Corte Europeia dos Direitos Humanos e o Superior Tribunal de Justiça, que foi celebrado em 2016, e o acordo de cooperação entre a Corte Europeia dos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal, que foi celebrado em 2019. Em 60 anos de existência da Corte Europeia estes foram os primeiros acordos institucionais celebrados entre a Corte Europeia e os mais importantes tribunais brasileiros: o STJ e o STF. Além disso, organizou quatro visitas oficiais do STJ ao Tribunal Europeu. Realizou duas visitas oficiais ao STJ (2016) e ao STF (2019). Também colaborou com a então Secretária de Estado dos Direitos Humanos Professora Flávia Piovesan em 2016.

Ao longo de 9 anos na Corte Europeia, o Juiz Paulo Pinto de Albuquerque recebeu 23 delegações da Ordem dos Advogados do Brasil, da Escola Nacional de Formação de Magistrados Federais, da Escola Nacional da Advocacia-Geral da União, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e de várias Universidades brasileiras. Durante mais de 30 anos deu formação a dezenas de licenciados, mestres e doutores brasileiros na Universidade Católica Portuguesa, na Universidade de Coimbra e na Universidade Clássica de Lisboa, onde sempre acolheu com carinho muitos alunos brasileiros. É membro do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL desde 2015 e membro honorário da ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITOS HUMANOS desde 2009. Por fim, publicou um livro sobre a Convenção Europeia dos Direitos Humanos no Brasil (editora Revista dos Tribunais), com o resumo dos casos mais importantes da Grande Câmara da última década.

O livro que tenho a honra de prefaciar, “Comentários à Convenção Americana dos Direitos Humanos”, é mais um fruto desta dedicação extraordinária do Juiz Pinto

de Albuquerque à causa dos direitos humanos e do seu amor pelo Brasil. Para garimpar os novos talentos, foi aberta uma chamada de artigos sobre os diferentes temas tratados na Convenção. 70 trabalhos foram selecionados para compor a presente publicação comemorativa do evento e 27 autores desses trabalhos nos brindaram com a apresentação de suas pesquisas e debates *in loco*.

Os artigos e palestras que tivemos a oportunidade de ouvir durante os trabalhos do Congresso em muito contribuirão para ampliar o conhecimento sobre a rica temática dos direitos humanos, cuja importância e atualidade despontam como ainda mais presentes nos dias de hoje. A concretização deste rico material por intermédio desta obra preenche uma lacuna importante e sem precedentes na ciência dos direitos humanos e na dogmática relativa ao texto da Convenção. Será difícil referir-se futuramente às normas da Convenção sem folhear o presente contributo ora posto à disposição do público brasileiro.

Para a realização do Congresso, o Superior Tribunal de Justiça contou com copatrocínio da Associação dos Juízes Federais do Brasil, aos quais muito agradeço. Estendo, igualmente, meus agradecimentos a todos os funcionários do Superior Tribunal de Justiça, que presidi no último biênio, cujo labor, afinho e profissionalismo contribuíram, direta ou indiretamente, para a realização do Congresso.

Brasília, 25 de julho de 2020.

PLANO DA OBRA

I

OS VALORES FUNDAMENTAIS DA CADH

1. A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O IMPACTO TRANSFORMADOR DO SISTEMA INTERAMERICANO, de Flávia Piovesan 21
2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A SOLIDEZ TEÓRICA CONCEITUAL INDETERMINADA E A COMPLEXIDADE DA EFETIVAÇÃO PRÁTICA INDIVIDUALIZADA, de Maurício Zanolli
3. OS DIREITOS HUMANOS E O VALOR-PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE: UMA NOVA PERSPECTIVA RELACIONAL E JURÍDICA, de Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira e Geralda Magella de Faria Rossetto

II

O CONTEXTO DA CADH

A. O CONTEXTO REGIONAL

4. JURISPRUDÊNCIA DAS LIBERDADES: O STF E A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, de Christine Oliveira Peter da Silva e Melina Girardi Fachin
5. O USO DOS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR, de Manuelita Hermes
6. INTERNALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL ÀS PRESTAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO, de Susana Sbrogio’Galia
7. RELAÇÕES ENTRE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO E CONTROLE DE

CONVENCIONALIDADE, de William Paiva Marques Júnior

B. O CONTEXTO MUNDIAL

8. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, de Sylvia Steiner
9. IMPRESCRITIBILIDADE E OBRIGAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE – A VISÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS, de Bruno Henrique Miniuchi Pellizzari, Débora Maliki Menaged e Flávio de Leão Bastos Pereira
10. A RECEPÇÃO DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DOS DIREITOS HUMANOS, de Paulo Pinto de Albuquerque e Soraya Nour Sckell

III

OS DIREITOS E AS LIBERDADES DA CADH

A. DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

ARTIGO 4.

DIREITO À VIDA

11. ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS QUANTO À TUTELA DO EMBRIÃO IN VITRO NO CASO *ARTAVIA MURILLO*, de Maria Carla de Avelar Pacheco
12. PLURALISMO NO CONTEXTO DA PROCREAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, de Marilaine Almeida

ARTIGO 5.

DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL

13. A LOUCURA E O CRIME: CRÍTICA AOS MANICÔMIOS JUDICIÁRIOS EM FACE DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A EFETIVIDADE DE PROGRAMA DE ATENÇÃO INTEGRAL AO LOUCO INFRATOR, de Lina Martins Rezende, Marcela Silva Ribeiro, Danilo Marques Borges e Estefânia Naiara da Silva Lino

ARTIGO 6.**PROIBIÇÃO DA ESCRAVIDÃO E DA SERVIDÃO**

14. O COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS: PROVIDÊNCIAS IMEDIATAS E MEDIDAS EFICAZES DE COMBATE, de Jordano Soares Azevedo
15. APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PARA ERRADICAÇÃO DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL: O CASO *TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE C. BRASIL*, de Patricia Grazziotin Noschang
16. O CASO FAZENDA BRASIL VERDE (CADH), A PROTEÇÃO CONTRA O TRABALHO ESCRAVO E O CUMPRIMENTO DO JULGADO PELO BRASIL: COMPETÊNCIA, CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E IMPRESCRITIBILIDADE, de Saulo José Casali Bahia
17. CASO TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE E O EFEITO ENCANTATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS, de Thales Braghini Leão

ARTIGO 7.**DIREITO À LIBERDADE PESSOAL**

18. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL: DA EFETIVAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS, de Rodrigo Azevedo e Mariana Py Muniz Cappellari
19. A (IN)CONVENCIONALIDADE DA PRISÃO DIANTE DO NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS, de Eduardo Cambi, Letícia de Andrade Porto e Melina Girardi Fachin

ARTIGO 8.**GARANTIAS JUDICIAIS****A. PROCESSO CIVIL**

20. O DIREITO DE ACESSO A TRIBUNAL, À MEDIAÇÃO E À ARBITRAGEM NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CONTRIBUIÇÕES DO SJT, de Miguel Kfoury Neto, José Laurindo de Souza Netto e Adriane Garcel
21. O DIREITO À MEDIAÇÃO COMO UM ESPECTRO DO ACESSO À JUSTIÇA,

de Luciana Yuki F. Sorrentino

22. AS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM TEMPOS DE DISCUSSÃO SOBRE AS GARANTIAS PROCESSUAIS E OS DIREITOS HUMANOS, de Carina Deolinda da Silva Lopes e Elenise Felzke Schonardie
23. SOLUÇÕES CONSENSUAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE À LUZ DA REPARAÇÃO INTEGRAL, de Clara Pacce P. Serva e Roberto Dias
24. CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS: DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DA ARGENTINA E DO BRASIL, de Adriano da Silva Ribeiro
25. A INTERPRETAÇÃO AMPLA DO DIREITO A SER OUVIDO COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO NO BRASIL EM CONFORMIDADE COM A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, de Luiz Henrique Sormani Barbugiani
26. O PROCESSO CIVIL E A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, de Vitor Fõnseca

B. PROCESSO PENAL

27. A COLABORAÇÃO PREMIADA E A SUA TENSÃO COM AS GARANTIAS PROCESSUAIS DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, de Fernando de Brito Alves e Renan Posella Mandarino
28. INTERPRETAÇÃO DO CÓDIGO PENAL (Arts. 5º e 8º) CONFORME A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Art. 8.4): AMPLIAÇÃO DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA GARANTIA DO *NE BIS IN IDEM* PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS N. 171.118, de Leonardo Augusto de Almeida Aguiar
29. A CRIAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS E A REPARTIÇÃO SUCESSIVA DA COMPETÊNCIA JUDICIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, de Paulo Mario Canabarro Trois Neto e Andréa Regina de Moraes Benedetti

C. OUTROS PROCESSOS

30. DIREITOS HUMANOS NA EXECUÇÃO FISCAL BRASILEIRA, de Renato Lopes Becho e Bráulio Bata Simões

ARTIGO 11.**PROTEÇÃO DA HONRA E DA DIGNIDADE**

31. AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS, de Lillian Pflieger
32. O DESAFIO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL NO CONTEXTO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, de Marco Túlio Reis Magalhães
33. DE AARHUS A ESCAZÚ: A Oponibilidade do Direito ao Meio Ambiente na Corte Interamericana de Direitos Humanos, de José Antônio Tietzmann e Silva e Dimas Pereira Duarte Júnior

ARTIGO 13.**LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO**

34. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM TEMPOS DE NOTÍCIAS FRAUDULENTAS (*FAKE NEWS*): UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de Pedro Luís Piedade Novaes
35. SOCIEDADE EM REDE E VIOLÊNCIA DE GÊNERO: OS LIMITES JURÍDICOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CASO “GABI CATUZZO”, de Patrícia Tuma Martins Bertolin, Artenira da Silva e Silva e Manoel Júnior Ferreira Veloso

ARTIGO 15.**DIREITO DE REUNIÃO**

36. LIBERDADE DE REUNIÃO NO DIREITO INTERNACIONAL: PARÂMETROS E DESAFIOS, de Rafael Assis Alves

ARTIGO 16.**LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO**

37. OS DIREITOS SINDICAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: O ESTADO DA ARTE E AS POSSIBILIDADES DE DESENVOLVIMENTO, de Renan Bernardi Kalil

ARTIGO 17.**PROTEÇÃO DA FAMÍLIA**

38. A FALÁCIA DO DISCURSO DE IGUALDADE DA FILIAÇÃO BRASILEIRA

PERANTE A CADH, de Mônica Cecílio Rodrigues

39. AS FAMÍLIAS TRANSNACIONAIS E AS DECISÕES DAS CORTES DE DIREITOS HUMANOS, de Inês Lopes

ARTIGO 19.

DIREITOS DA CRIANÇA

40. A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES, de Cláudia Maria Amaral Carvalho Vieira e Josiane Rose Petry Veronese
41. DIREITOS DA CRIANÇA E O USO DO PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA, de Letícia Virginia Leidens
42. A DESCOBERTA DA SEXUALIDADE NO INÍCIO DA ADOLESCÊNCIA: UMA ANÁLISE SOBRE O TRATAMENTO DISPENSADO AOS RELACIONAMENTOS ENTRE ADOLESCENTES PELO PODER JUDICIÁRIO À LUZ DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA BIOÉTICA, de Artenira da Silva e Silva, Patrícia Tuma Martins Bertolin e José Augusto Sá Costa Leite

ARTIGO 20.

DIREITO À NACIONALIDADE

43. ABORDAGEM DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E SUA INTERAÇÃO COM O DIREITO INTERNO: ANÁLISE DO CASO PESSOAS DOMINICANAS E HAITIANAS EXPULSAS C. REPÚBLICA DOMINICANA, de Florisbal de Souza Del’Olmo e Tatiana Bruhn Parmeggiani

ARTIGO 22.

DIREITO DE CIRCULAÇÃO E DE RESIDÊNCIA

44. O DIREITO CONVENCIONAL DE LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO E RESIDÊNCIA DIANTE DO FENÔMENO DOS DESLOCAMENTOS FORÇADOS INTERNOS NA COLÔMBIA: UM ESTUDO SOBRE O DESENVOLVIMENTO DOS PARÂMETROS INTERAMERICANOS, de Isabel Penido de Campos Machado

ARTIGO 24.**IGUALDADE PERANTE A LEI**

45. ANÁLISE COMPARATIVA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL E DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, de Carolina Silva Cruz e Pedro Henrique Nascimento Zanon
46. A PESSOA TRANS E A NOVA CLASSIFICAÇÃO DA CID DIANTE DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, de Fernanda Cristina Barros Marcondes, Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro e Miguel Horvath Júnior

ARTIGO 25.**PROTEÇÃO JUDICIAL**

47. A PERSECUÇÃO PENAL COMO RECURSO EFETIVO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS PREVISTOS NA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, de Andrea Vergara da Silva e Jaime de Carvalho Leite Filho
48. O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS NA CADH, de Bruno Augusto Vigo Milanez
49. OBRIGAÇÕES POSITIVAS EM MATÉRIA PENAL: EFEITOS E LIMITES DA JURISPRUDÊNCIA INTERAMERICANA EM CASO DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS, de Carlos Gustavo Coelho de Andrade
50. A SEGURANÇA JURÍDICA NA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, de Gláucia Maria de Araújo Ribeiro e Raffaella Cássia de Sousa

B. DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS**ARTIGO 26.****DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO**

51. A TUTELA GRADUAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS NA CADH. REDUÇÃO DA POBREZA E DESIGUALDADE SOCIAL. VEDAÇÃO AO RETROCESSO, de Ailton Schramm de Rocha
52. LITÍGIO ESTRATÉGICO PELO DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DA SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR: ANÁLISE DO CASO *EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS*

E SEUS FAMILIARES C. BRASIL NA CIDH, de Cláudia Loureiro e Catharina Lopes Scodro

53. DO ASSISTENCIALISMO ANTERIOR À ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO AOS DIREITOS SOCIAIS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: A JUSTIÇA SOCIAL MATERIAL COMO CRITÉRIO DE TUTELA GRADUAL DOS DIREITOS SOCIAIS CONTEMPORÂNEOS, de Marcos Aurelio Dusso
54. PARÂMETROS INTERNACIONAIS PARA EFETIVIDADE DAS LIBERDADES CULTURAIS NO CONTEXTO INTERAMERICANO, de Marcus Pinto Aguiar
55. A TUTELA DOS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS NO MARCO DA CADH: A IMPORTÂNCIA DE REGRAS UNIVERSAIS PARA O EQUILÍBRIO DAS LIBERDADES ECONÔMICAS E SOCIAIS, de Thereza Christina Nahas
56. A PROGRESSIVA EFETIVIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS NO ÂMBITO DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS: UMA NECESSÁRIA ABORDAGEM DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL, de Bernardo Tinôco de Lima Horta
57. A PROTEÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA A PARTIR DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, de Augusto César Leite de Resende

IV

OS ESTATUTOS ESPECIAIS DE PROTEÇÃO

58. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER NO BRASIL: MUDANÇA DE PARADIGMA A PARTIR DA ATUAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NO CASO MARIA DA PENHA, de Carla Ribeiro Volpini Silva e Renata Mantovani de Lima
59. EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: UM ESTUDO DE CASO EM VITÓRIA DA CONQUISTA-BAHIA, de Gabriela Andrade Fernandes e Maria da Conceição Fonseca-Silva
60. VULNERABILIDADE DAS MULHERES, MENINAS E ADOLESCENTES SOB O ENFOQUE DA DISCRIMINAÇÃO INTERSECCIONAL E MÚLTIPLO, de Rosa Júlia Plá Coelho e Gina Vidal Marcilio Pompeu
61. O DESCUMPRIMENTO DA ORDEM DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA GESTANTES E MÃES COMO LESÃO ÀS NORMAS

DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS, de Tani Maria Wurster

62. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E AS NORMAS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT): A CRESCENTE PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, de Bárbara Fagundes e Luciane Cardoso Barzotto
63. MIGRAÇÕES E REFÚGIO À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, de André de Carvalho Ramos
64. O ACOLHIMENTO DE MIGRANTES E REFUGIADOS NO BRASIL: A NECESSÁRIA PARCERIA COM A SOCIEDADE CIVIL, de Mário Jorge P. de Castro Lima e Edyleno Italo Santos Sodré
65. A CONVENÇÃO AMERICANA E O RECONHECIMENTO ÀS PESSOAS LGBTQI+, de Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Bruno Santos Arantes Vieira
66. DIÁLOGOS ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH E OS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS ACERCA DA QUESTÃO QUILOMBOLA, de Dandara dos Santos Damas Ribeiro e Thimotie Aragon Heemann
67. HISTÓRICAS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E O NECESSÁRIO CUMPRIMENTO DA CR/88 E DA CADH, de Eneá de Stutz e Almeida e Célia Regina Ody Bernardes

V

COMISSÃO E CORTE INTERAMERICANAS DE DIREITOS HUMANOS

68. PREVENÇÃO E PROTEÇÃO: O ARTIGO 1.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E O MECANISMO DE MEDIDAS CAUTELARES, de Paulo Pinto de Albuquerque e Luisa Maria Silva Merico
69. CONTRIBUIÇÕES E DESAFIOS DO PROCEDIMENTO DE SOLUÇÃO AMISTOSA PERANTE A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, de Ana Maria D'Ávila Lopes e Mara Lívía Moreira Damasceno
70. AS CONDENAÇÕES EXTRAPATRIMONIAIS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: VIOLAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL, de Maritza Costa Leahy e Érika Leahy

LISTA DE AUTORES

ADRIANE GARCEL (co-autora), Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário de Curitiba. Mediadora Judicial. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br

ADRIANO DA SILVA RIBEIRO, Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade del Museo Social Argentino. Mestrando em Direito na Universidade Fundação Mineira de Educação e Cultura. Professor do Instituto de Educação Superior Latinoamericano. E-mail: adrianoribeiro@yahoo.com

AILTON SCHRAMM DE ROCHA, Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. **Juiz Federal** do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região. E-mail: ailton@trf1.jus.br

ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ, Doutor em Direito Constitucional e Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais-Belo Horizonte. Vice-presidente do Instituto Mineiro de Direito Constitucional. Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Pós-doutor em História pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador da República em Minas Gerais. E-mail: alvaro.sc@terra.com.br

ANA MARIA D'ÁVILA LOPES, Doutora e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. E-mail: anadavilalopes@unifor.br

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, Doutor e Livre-Docente em direito internacional pela Universidade de São Paulo. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Professor Titular de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) da Faculdade Autônoma de Direito. Procurador Regional da República. E-mail: carvalhoramos@usp.br

ANDRÉA REGINA DE MORAIS BENEDETTI, Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora Adjunta da Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Humanos. E-mail: deiabenedetti@hotmail.com

ANDREA VERGARA DA SILVA, Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília. **Advogada da União** do Núcleo de Controvérsias de Direito Internacional dos Direitos Humanos da Advocacia-Geral da União. E-mail: andreavsilvaunb@gmail.com

ARTENIRA DA SILVA E SILVA (co-autora), Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal da Bahia. Docente do Departamento de Saúde Pública e do

Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. E-mail: artendirassilva@hotmail.com

AUGUSTO CÉSAR LEITE DE RESENDE, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor de Direitos Humanos e Fundamentais da Universidade Tiradentes. Promotor de Justiça em Sergipe. E-mail: aclresende@bol.com.br

BÁRBARA FAGUNDES, Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. **Juíza do Trabalho** substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. E-mail: barbara.fagundes@trt4.jus.br

BERNARDO TINÔCO DE LIMA HORTA, Juiz federal do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com período sanduíche na Università degli Studi di Roma – “Tor Vergata”. Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos pela Università di Pisa – Itália. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Coordenador da Escola da Magistratura Federal da Primeira Região (ESMAF) na Seccional de Rondônia. E-mail: bernardotinoco@gmail.com

BRÁULIO BATA SIMÕES, Pós-Doutor e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado. Professor CEDES. E-mail: bata@bs-plaw.com.br

BRUNO AUGUSTO VIGO MILANEZ, Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade Federal do Paraná. Professor da UniBrasil. E-mail: bruno@mfadvocacia.adv.br

BRUNO HENRIQUE MINIUCHI PELLIZZARI (co-autor), Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Advogado. E-mail: bruno.pellizzari@uol.com.br

BRUNO SANTOS ARANTES VIEIRA (co-autor), Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos- Nova Lima/MG. Advogado. E-mail: bsavieira@gmail.com

CARINA DEOLINDA DA SILVA LOPES (co-autora), Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos da UNIJUI, Bolsista Capes. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Constitucional pela Universidade Luterana do Brasil. Advogada. E-mail: lopesdeo@hotmail.com

CARLA RIBEIRO VOLPINI SILVA, Doutora e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora da Universidade Federal de Minas Gerais e da Universidade de Itaúna. E-mail: carlavolpini@hotmail.com

CARLOS GUSTAVO COELHO DE ANDRADE, Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. **Promotor de Justiça** do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: carlosgcandrade@gmail.com; cgcandra-de@mprj.mp.br

CAROLINA SILVA CRUZ (co-autora), Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais- Unidade Diamantina. Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdades Arnaldo (Belo Horizonte). Advogada. E-mail: carol.dtna@hotmail.com

CATHARINA LOPES SCODRO (co-autora), Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Advogada. E-mail: catharina.scodro@gmail.com

CÉLIA REGINA ODY BERNARDES, Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Pernambuco. **Juíza Federal** do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. E-mail: celiaody@gmail.com

CHRISTINE OLIVEIRA PETER DA SILVA, **Doutora em Direito, Estado e Constituição** pela Universidade de Brasília. Professora Associada do Centro Universitário de Brasília. E-mail: christinepeter@uol.com.br

CLARA PACCE SERRA (co-autora), Mestranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada pela Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada. Mediadora privada pelo Mediativa – Instituto de Mediação Transformativa. E-mail: cpserva@tozzinifreire.com.br

CLÁUDIA LOUREIRO, **Doutora e Mestre em Direito** pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Doutora em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional. Pós-Doutoranda em Direito Internacional pela USP. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

CLÁUDIA MARIA AMARAL CARVALHO VIEIRA, **Doutora em Direito** pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora de Direito Internacional Público da Universidade São Judas Tadeu, São Paulo. E-mail: claumc@uol.com.br

DANDARA DOS SANTOS DAMAS RIBEIRO (co-autora), Mestre em Antropologia. Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná. Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: dsdribeiro@mppr.mp.br

DANILO MARQUES BORGES (co-autor), Doutorando em Direito pela Unisinos/RS e professor universitário da Universidade de Rio Verde/GO. E-mail: danilo-marquesborges@gmail.com

DÉBORA MALIKI MENAGED, Mestranda no Programa de Pós Graduação de Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense. **Juíza Federal** titular da

3ª Vara Federal de Cachoeiro de Itapemirim (Espírito Santo). Juíza auxiliar convocada à Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais. E-mail: deboramaliki@yahoo.com.br

DIMAS PEREIRA DUARTE JÚNIOR (co-autor), Doutor em Ciências Sociais: Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Internacional e Direitos Humanos e pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes. E-mail: dimas.duartejr@gmail.com

EDUARDO CAMBI, Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutor pela Università degli Studi di Pavia, Itália. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná e da Universidade Paranaense. Promotor de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. E-mail: eduardo-cambi@hotmail.com

EDYLENO ITALO SANTOS SODRÉ, Mestre pela Universidade Federal de Sergipe. Doutorando em Direito na Universidade Federal da Bahia. **Promotor de Justiça.** E-mail: edyleno@hotmail.com

ELENISE FELZKE SCHONARDIE, Doutora em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Curso de Doutorado e Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Advogada. E-mail: elenise.schonardie@unijui.edu.br

ENEÁ DE STUTZ E ALMEIDA, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. E-mail: eneatestutz@gmail.com

ERIKA LEAHY (co-autora), graduanda em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: erika.leahy3@gmail.com

ESTEFÂNIA NAIARA DA SILVA LINO, Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e professora universitária da Universidade de Rio Verde/GO. E-mail: estefanialino@msn.com

FERNANDA CRISTINA BARROS MARCONDES (co-autora), Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista, Campus de Franca. E-mail: fernandacbmarcondes@gmail.com

FERNANDO DE BRITO ALVES, Doutor em Direito pela Centro Universitário de Bauru (Instituição Toledo de Ensino), Bauru, São Paulo. Coordenador do Programa de pós-graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: fernandobrito@uenp.edu.br

FLÁVIA PIOVESAN, Doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professora nesta Universidade; visiting

fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007; 2008; 2015; 2016; 2017; 2018; 2019); Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg – 2009-2014); Lemman Visiting Scholar no David Rockefeller Center for Latin American Studies da Harvard University (2018). Foi membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (mandato de 2018-2021). E-mail: FPiovesan@oas.org

FLÁVIO DE LEÃO BASTOS PEREIRA, Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra (Instituto Ius Gentium Conimbrigae) e IBCCRIM. Professor de Direitos Humanos e de Direito Constitucional da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor convidado da Escola Superior do MP/SP. Membro do rol de especialistas da International Nuremberg Principles Academy, Alemanha. Membro do Cômite Académico de Fundación Luisa Hairabedian de Direitos Humanos, Buenos Aires. E-mail: professorflaviobastos@gmail.com

FLORISBAL DE SOUZA DEL'OLMO, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Estágio pós-doutoral pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor colaborador do Curso de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba. E-mail: florisbaldelolmo@gmail.com

GABRIELA ANDRADE FERNANDES (co-autora), Doutora em Memória, Linguagem e Sociedade pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Coordenadora do Grupo de Pesquisa sobre Mulher, Violência e Relações Sociais de Gênero, integrante do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Graduação em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Mestre em Administração pela Universidade Federal da Bahia. Advogada. Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. E-mail: gabriela.conquista@gmail.com

GERALDA MAGELLA DE FARIA ROSSETTO, Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela UNISINOS. **Procuradora Federal da Advocacia Geral da União**, aposentada desde março/2019. Professora Colaboradora da Escola da Advocacia Geral da União. Membro da Rede Universitária para Estudos da Fraternidade. E-mail: geraldamagella@gmail.com

GINA VIDAL MARCILIO POMPEU, Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. E-mail: ginapompeu@unifor.br

GLÁUCIA MARIA DE ARAÚJO RIBEIRO (co-autora), Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora da graduação e do programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Amazonas.

INEZ LOPES, Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora associada de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito Internacional Privado, Comércio Internacional e Direitos Humanos (GDIP) e do GDIP-Justiça Transnacional (GDIP-TRANSJUS/UnB), ambos registrados no Diretório de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico Pesquisa(CNPq). É coordenadora da Rede de Processo Civil Internacional (REDE-PCI). E-mail: inezlopes05@gmail.com

ISABEL PENIDO DE CAMPOS MACHADO, Doutoranda em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Nottingham University (Reino Unido) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. **Defensora Pública Federal** em São Paulo. Exerceu mandato de Defensora Pública Interamericana (2016-2019). E-mail: isabel.machado@dpu.def.br

JAIME DE CARVALHO LEITE FILHO, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). **Defensor Público Federal** de Categoria Especial, DPU. E-mail: jaime.filho@dpu.def.br

JORDANO SOARES AZEVEDO, Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor. Advogado. E-mail: jordanosoares@yahoo.com.br

JOSÉ ANTÔNIO TIETZMANN E SILVA, Doutor em Direito Ambiental pela Universidade de Limoges, França. Professor e pesquisador no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás. Professor e pesquisador na Pontifícia Universidade Católica de Goiás. E-mail: jtietzmann@ufg.br

JOSÉ AUGUSTO SÁ COSTA LEITE, Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA). Especialista em Ciências Criminais pela UNISUL. Graduado em Direito pela UFMA. **Juiz de Direito** do Estado do Maranhão. E-mail: joseaugustoleite@gmail.com

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO, Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma – La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal. Professor permanente no Mestrado da Universidade Paranaense. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, 2º Vice-Presidente. Email: jln@tjpr.jus.br

JOSIANE ROSE PETRYVERONESE, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora Titular da Direito da Criança e do Adolescente da mesma Universidade. E-mail: jpetryve@uol.com.br

JULIANA DE OLIVEIRA XAVIER RIBEIRO (co-autora), Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e a Universidade Autônoma de Lisboa. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora e coordenadora de cursos de pós-graduação em Direito. E-mail: juliana_x_ribeiro@yahoo.com.br

LEONARDO AUGUSTO DE ALMEIDA AGUIAR, Doutor e mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, com estágio pós-doutoral na Faculdade Nacional de Direito. Juiz Federal, atualmente atuando como Magistrado Instrutor no Supremo Tribunal Federal. E-mail: leonardo.aguiar@trf1.jus.br

LETÍCIA DE ANDRADE PORTO (co-autora), Mestranda em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Ministério Público e Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Estagiária de pós-graduação do Ministério Público do Paraná. E-mail: leticia.porto21@gmail.com

LETÍCIA VIRGINIA LEIDENS, Doutora em Direito Internacional pela Universidade Gama Filho. Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal Fluminense. E-mail: lleidens@gmail.com

LILIAN PFLEGER, Juíza Federal Substituta do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Especialização em Direito Civil (2014) e em Direito Constitucional (2016). E-mail: lillian.pfleger@trf4.jus.br

LINA MARTINS REZENDE (co-autora), Bacharela em Direito pela Universidade de Rio Verde/GO. E-mail: linarezende.adv@gmail.com

LUCIANA DIAS BAUER, Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestrado em Direito dupla titulação pela Universidade Univali e Delaware. **Juíza Federal** na 17ª Vara de Curitiba. E-mail: luciana.bauer@trf4.jus.br

LUCIANA YUKI F. SORRENTINO, Mestre em Administração Pública pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. **Juíza de Direito** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Assistente da Segunda Vice-Presidência. Coordenadora do Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação. Coordenadora da linha de pesquisa “Justiça Multiportas” do Comitê Científico de Pesquisa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Segunda Vice-Presidente do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação. E-mail: luciyfs@gmail.com.

LUCIANE CARDOSO BARZOTTO, Juíza do Trabalho Titular do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Professora Doutora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: lcardoso@trt4.jus.br

LUISA MARIA SILVA MERICO (co-autor), LL.M. Avançado em Direito Internacional Público pela Universidade de Leiden, Holanda; e M.A. em Direitos Humanos pela Universidade Centro Europeia, Budapeste, Hungria. Especialista em Direitos Humanos na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. E-mail: luisamariameric@gmail.com

LUIZ HENRIQUE SORMANI BARBUGIANI, Doutor e mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito e Mestre em Antropologia pela Universidade de Salamanca. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de pós-graduação da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Procurador do Estado do Paraná. E-mail: henrluizsb@gmail.com

MANOEL JÚNIOR FERREIRA VELOSO (co-autor), Bacharel Magna Cum Laude em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça, da Universidade Federal do Maranhão. Advogado. E-mail: manoeffveloso@hotmail.com

MANUELITA HERMES ROSA OLIVEIRA FILHA, Doutoranda em Direito e Tutela na Università degli Studi di Roma II, Tor Vergata. Mestre em Sistemas Jurídicos Contemporâneos pela Università degli Studi di Roma II, Tor Vergata. Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais pela Università di Pisa (2018) e em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia (2008). **Procuradora Federal**. Assessora de Ministro no STF. Membro da Associação Internacional de Direito Constitucional - IACL/AIDC; Professora visitante na Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria (2019). E-mail: manuelita.oliveira@agu.gov.br

MARCELA SILVA RIBEIRO (co-autora), Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus e bacharela em Direito pela Universidade de Rio Verde/GO. E-mail: marcella_rv1@hotmail.com

MARCO TÚLIO REIS MAGALHÃES, Doutor em Direito. Procurador federal (Procuradoria-Geral Federal/Advocacia-Geral da União). Professor da Escola de Direito do Brasil. E-mail: marucosam@yahoo.com.br

MARCOS AURELIO DUSSO, Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Faculdade de Direito Dom Bosco de Porto Alegre. E-mail: marcosdusso@gmail.com

MARCUS PINTO AGUIAR, Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Docente da Faculdade Alencarina de Sobral. E-mail: marcuspaguiar@hotmail.com

MARIA CARLA DE AVELAR PACHECO, Mestre em Direitos Humanos e Ação Humanitária pelo Instituto de Estudos Políticos de Paris - Sciences Po. **Advogada da União**. E-mail: maria.avelar@agu.gov.br

MARIA DA CONCEIÇÃO FONSECA-SILVA (co-autora), Pós-Doutora em Linguística pela Universidade Estadual de Campinas, Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Coordenadora do Laboratório de Pesquisa em Análise de Discurso, integrante do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

MARIANA PY MUNIZ CAPPELLARI, Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Rio Grande do Sul. **Defensora Pública** do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: mpymuniz@hotmail.com

MARA LÍVIA MOREIRA DAMASCENO (co-autora), Mestre e Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza. E-mail: maralivia@unifor.br

MARIA ROSA LOULA, Doutora em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora Federal. Professora de Direito Internacional Privado do Programa de Doutorado do Instituto Brasiliense de Direito Público. E-mail: mariarosa.loula@agu.gov.br

MARILAINE ALMEIDA SANTOS, Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Graduada em direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. **Juíza Federal** de Primeiro Grau em Barueri-São Paulo. E-mail: marisant@trf3.jus.br

MARIO JORGE P. DE C LIMA, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. E-mail: malima@ufba.br

MARITZA COSTA LEAHY, Procuradora da fazenda nacional no Paraná. E-mail: Maritza.leahy@pgfn.gov.br, maritzaleahy@gmail.com

MAURÍCIO ZANOTELLI, Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade do Norte de Mato Grosso. E-mail: zanotelli.adv@gmail.com

MELINA GIRARDI FACHIN, Doutora em Direito Constitucional, com ênfase em Direitos Humanos, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Estágio de pós-doutoramento em curso pela Universidade de Coimbra no Instituto de Direitos Humanos e Democracia (2019-2020). Professora adjunta dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Advogada. E-mail: melinafachin@gmail.com

MIGUEL HORVATH JÚNIOR, Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela UniFMU. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Graduação

e Pós Graduação). Coordenador do Núcleo de Direito Previdenciário do Mestrado e Doutorado em direito da PUC/SP. E-mail: miguelhorvathjr@uol.com.br

MIGUEL KFOURI NETO, Doutor e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Civis pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná. Email: jln@tjpr.jus.br

MÔNICA CECÍLIO RODRIGUES, Doutora em Direito (processo civil) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora na Universidade Presidente Antônio Carlos. E-mail: monicacradv@hotmail.com

OLGA MARIA BOSCHI AGUIAR DE OLIVEIRA, Doutora em Direitos Sociais pela Universidade Autônoma do México. Pós-Doutora em Direito do Trabalho e Segurança Social pela Universidade de Málaga, Espanha. Professora Titular do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, aposentada desde março de 2017. Professora Visitante I, desde setembro de 2018, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas. Membro titular da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. E-mail: olgaoliveiralagoa@gmail.com

PATRÍCIA TUMA MARTINS BERTOLIN, Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: ptmb@uol.com.br

PATRICIA GRAZZIOTIN NOSCHANG, Doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista pela Fundação Getúlio Vargas em MBA Comércio Exterior e Negócios Internacionais e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em Direito Internacional Público, Privado e da Integração Regional. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Pelotas. Professora na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Passo Fundo/RS. Membro do Módulo Jean Monnet CCJ/UFSC. Coordenadora do Fórum de Mobilidade Humana de Passo Fundo-RS. Membro - Coordenadora da Comissão de Direitos Humanos da OAB Seccional Passo Fundo-RS. E-mail: patriciagn@upf.br

PAULO MARIO CANABARRO TROIS NETO, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor Assistente da Universidade Estadual do Oeste do Paraná. **Juiz Federal** do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região. E-mail: canabarrotrois@trf4.jus.br

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Professor catedrático da mesma faculdade. Juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos. E-mail: albuquerque@echr.coe.int, palbu@fd.ucp.lisboa.pt

PEDRO LUÍS PIEDADE NOVAES, Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Ensino. Doutorando em Jornalismo na Universidade Estadual Paulista. Professor Universitário nos cursos de Direito e Jornalismo pelo Centro Universitário Toledo de Ensino. **Juiz Federal** do Tribunal Regional Federal da 3ª. Região. E-mail: penovaes@jfsp.jus.br

PEDRO HENRIQUE NASCIMENTO ZANON, **Doutor em Direito e Garantias Constitucionais Fundamentais**, Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, Especializado em Direito Tributário e Processo Tributário. Professor de Direito Empresarial da Universidade do Estado de Minas Gerais- Unidade Diamantina. Advogado. E-mail: phzanon@gmail.com

RAFAEL ASSIS ALVES, Graduação na Universidade Estadual de Santa Cruz. Especialização em Direito Público no Centro Universitário Leonardo da Vinci. **Juiz Federal** no Tribunal Regional Federal da 2ª Região. E-mail: rafael.assis@jfrj.jus.br

RAFFAELA CÁSSIA DE SOUSA, Pós-graduada em Direito Constitucional e Direito Processual Civil. **Juíza Federal** no Tribunal Regional Federal da 1ª Região. E-mail: raffasousa@yahoo.com.br

RENAN BERNARDI KALIL, **Doutor em Direito** pela Universidade de São Paulo. Membro do Ministério Público do Trabalho, Procuradoria do Trabalho no Município de São Bernardo do Campo, Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região. E-mail: renan.kalil@mpt.mp.br

RENAN POSELLA MANDARINO (co-autor), Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bolsista CAPES/Fundação Araucária. E-mail: remandarino@yahoo.com.br.

RENATA MANTOVANI DE LIMA, **Doutora e mestre em Direito** pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais Professora da Universidade de Itaúna, Minas Gerais. Reitora da Universidade Vale do Rio Verde. E-mail: remantova@hotmail.com

RENATO LOPES BECHO, **Doutor em Direito** pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Juiz Federal. Professor da mesma Universidade. E-mail: rbecho@pucsp.br; rlobecho@jfsp.jus.br; renatobecho@uol.com.br

ROBERTO BAPTISTA DIAS DA SILVA, **Doutor e mestre em Direito** pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador do Curso de Graduação da FGV Direito SP e professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e do Curso de Administração Pública da Escola de Administração de Empresas da FGV. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura, da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas, do Comitê de Bioética do Hospital Sírio-Libanês e do Comitê Científico da Bioethics Science Society do University Center for Bioethics da Universidade de Parma – Itália. Advogado. E-mail: Roberto.diasdasilva@uol.com.br

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO (co-autor), Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor titular da Escola de Direito da Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul. E-mail: rodrigo.azevedo@pucrs.br

ROSA JÚLIA PLÁ COELHO, Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora Universidade de Fortaleza e do Centro Universitário Farias Brito. E-mail: juliapla@placoelho.com

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região (Seção Judiciária da Bahia). E-mail: ju81@trf1.jus.br

SYLVIA HELENA STEINER, Juíza do Tribunal Penal Internacional (2003-2016). Desembargadora Federal aposentada. Pesquisadora Senior da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – SP, sylstein@uol.com.br

SORAYA NOUR SCKELL, Doutora em Direito (Direito Internacional Público) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Doutora em Filosofia (tese em cotutela) pelas Universidades de Frankfurt e Nanterre; Professora Associada na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa; Investigadora do CEDIS – Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade da Universidade Nova de Lisboa. E-mail: soraya.sckell@fd.unl.pt

SUSANA SBROGIO'GALIA, Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Juíza Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região. E-mail: susanasbrogiogalia@gmail.com

TANI MARIA WURSTER, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Juíza Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. E-mail: tani.wurster@trf4.jus.br

TATIANA BRUHN PARMEGGIANI (co-autora), Doutoranda em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: tatibruhn@hotmail.com

THALES BRAGHINI LEÃO, Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Juiz Federal substituto do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. E-mail: thalesleao@gmail.com

THEREZA CHRISTINA NAHAS, Pós-Doutora e Doutora pela Universidade Castilla La-Mancha, Espanha. Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Acadêmica titular da Cadeira nº43 da ABDT. Juíza do Trabalho titular da 2ª Vara do Trabalho de Itapeverica da Serra (São Paulo). Professora Visitante na Pontifícia Universidade Católica de Rio Grande do Sul. E-mail: tnahas70@gmail.com

THIMOTIE ARAGON HEEMANN, Graduação em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialização em Direito Penal e Processo Penal na instituição Verbo Jurídico. **Promotor de Justiça** no Ministério Público do Estado do Paraná. Designado para atuar em colaboração no Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Direitos Humanos do MPPR. E-mail: taheemann@mppr.mp.br

VITOR FONSÊCA, **Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil** pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Secretário Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Professor e Coordenador do Núcleo de Processo da Faculdade La Salle Manaus. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas. E-mail: vitorfonseca@gmail.com

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR, **Doutor e Mestre em Direito Constitucional** pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e especialista em Direito Processual Penal pela mesma Universidade. Professor da Faculdade de Direito e assessor do Reitor da mesma Universidade. E-mail: williamarques.jr@gmail.com

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos

Comissão Europeia dos Direitos Humanos

Comissão Interamericana dos Direitos Humanos

Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas

Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas

Corte Europeia dos Direitos do Homem

Corte Interamericana dos Direitos Humanos

Opiniões consultivas

Casos

Corte Internacional de Justiça

Opiniões consultivas

Casos

Tribunal de Justiça da União Europeia

Tribunal Especial da Serra Leoa

Tribunal Penal internacional

Tribunal Penal internacional para a antiga Iugoslávia

Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos

1. *El Hadj Boubacar Diawara c. Benin*, comunicação No. 18/88

2. *Anistia Internacional c. Zâmbia*, comunicação No. 212/98

Comissão Europeia dos Direitos Humanos

1. *Aplicação da CEDH à Ilha de Chipre (Grécia c. Reino Unido)*, Relatório do artigo 31 da Comissão, No. 176/56, 26 de setembro de 1958

2. *Áustria c. Itália*, No. 788/60, 11 de janeiro de 1961

3. *Christians against Racism and Fascism c. Reino Unido*, No. 8440/78, 16 julho 1980

Comissão Interamericana dos Direitos Humanos

1. *Alejandro Daniel Esteve e Filhos*, Brasil, Relatório No. 173/11, Petição No. 897-04, Admissibilidade, 2 de novembro de 2011

2. *Carlos Andrés Galeso 3 e outros*, Colômbia, Relatório No. 16/14, Petição No. 1214/07, Admissibilidade, 3 de abril de 2014
3. *Comunidade de La Oroya, Peru*, Relatório No. 76/09, Petição No. 1473-06, Admissibilidade, 5 de agosto de 2009
4. *Comunidade de San Mateo de Huanchor y sus Miembros*, Peru, Relatório No. 69/04, Petição No. 504/03, Admissibilidade, 15 de outubro de 2004
5. *Comunidade Indígena Sawhoyamaxe do Povo Enxet*, Paraguai, Relatório nº 12/03, Petição No. 322/2001, Admissibilidade, 20 de fevereiro de 2003
6. *Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil*, Medidas cautelares MC 382/10, 1 de abril de 2011
7. *Comunidades Indígenas Maias do Distrito de Toledo*, Belize, Relatório No. 40/04, Caso 12.053, Mérito, 12 de outubro de 2004
8. *Comunidades Indígenas Ngöbe e seus membros no Vale do Rio Changuinola*, Panamá, Relatório No. 75/09, Petição No. 286-08, Admissibilidade, 5 de agosto de 2009
9. *Comunidade mapuche Lof Buenuelo a respeito da Argentina* (MC 954-19), Resolução No. 23/2020, 14 de maio de 2020
10. *Criança A.R. a respeito da Argentina* (MC 356-16), Resolução No. 26/2017, 27 de julho de 2017
11. *Daniel Silva Orrego a respeito da Colômbia* (MC 739-17), Resolução No. 31/2018, 5 de maio de 2018
12. *Demétrios Nicolaos Nikolaidis*, Brasil, Relatório No. 117/12, Petição No. 86/07, Inadmissibilidade, 13 de novembro de 2012
13. *E.G.S. e A.E.G.S. a respeito dos Estados Unidos* (MC 297-16), Resolução No. 30/2016, 11 de maio de 2016
14. *Edgar Fernando Garcia*, Guatemala, Relatório n. 117/10, Caso No. 12343, Mérito, 22 de outubro de 2010
15. *Edilberto Ronal Arzuaga Alcalá a respeito de Cuba* (MC 81-19), Resolução No. 23/2019, 22 de abril de 2019
16. *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares*, Brasil, Relatório nº 25/18, Caso No. 12.428, Admissibilidade e Mérito, 2 de março de 2018

17. *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares*, Carta de admissibilidade referente ao caso n. 12.428: 19 de setembro de 2018
18. *Estudantes da escola rural “Raúl Isidro Burgos” a respeito do México* (MC 409-14), Resolução No. 28/2014, 3 de outubro de 2014
19. *Fernando Alcibiades Villavicencio Valencia a respeito do Equador* (MC 30/14), Resolução No. 6/2014, 3 de dezembro de 2018
20. *Finca «La Exacta»*, Guatemala, Relatório No. 57/02, Caso No. 11.382, 21 de outubro de 2002
21. *Freddy Alberto Navas Lopez a respeito da Nicarágua* (MC 621-19), Resolução No. 46/2019, 14 de setembro de 2019
22. *G.Y.G.R. a respeito do México* (MC 364-17), Resolução No. 38/2019, 29 de julho de 2019
23. *Gustavo Francisco Petro Urrego a respeito da Colômbia* (MC 374-13), Resolução No. 5/2014, 18 de março de 2014
24. *Habitantes consumidores de água do rio Mezapa a respeito das Honduras* (MC-772-17), Resolução No. 12/2018, de 24 de fevereiro de 2018
25. *Habitantes das zonas ao entorno do Rio Santiago a respeito do México* (MC 708-19), Resolução No. 7/2020, 5 de fevereiro de 2020
26. *Habitantes desalojados e deslocados da Comunidade Laguna Larga a respeito da Guatemala* (MC 412-17), Resolução No. 36/2017, 8 de setembro de 2017
27. *Horácio Verbitsky*, Argentina, Relatório No. 22/94, Caso No. 11.012, Solução Amistosa, 20 de setembro de 1994
28. *Jailton Neri da Fonseca*, Brasil, Relatório No.33/04, Caso No. 11.634, 22 de fevereiro de 2001
29. *Jean Wyllys de Matos Santos e família em relação ao Brasil* (MC 1262-18), Resolução No. 85/2018, 20 de novembro de 2018
30. *José Rusbel Lara e outros c. Colômbia*, Relatório No. 35/17, 21 de março de 2017
31. *Julio Ernesto Alvarado a respeito das Honduras* (MC 196-14), Resolução No. 33/2014, 5 de novembro de 2014
32. *Júlio Renato Lancellotti e Daniel Guerra Feitosa em relação ao Brasil* (MC 1450-18), Resolução No. 11/2019, 8 de março de 2019

33. *Presídio Urso Branco, Rondônia, Brasil*, Relatório nº 81/06, Petição 394-02, Admissibilidade, 21 de outubro de 2006
34. *Irmãos Ramirez e família, Guatemala*, Relatório No. 72/15, Caso No. 12.896, Mérito, 28 de outubro de 2015
35. *José Pereira, Brasil*, Relatório No. 95/03, Caso No. 11.289, Solução Amistosa, 24 de outubro de 2003
36. *Juan Gerardo Guaidó Márquez a respeito da Venezuela* (MC 70-19), Resolução No. 1/2019, 25 de janeiro de 2019
37. *Juan Jacob Arbenz Guzman, Guatemala*, Relatório No. 30/12, Petição n. 12.546, Solução Amistosa, 20 de março de 2012
38. *Lucía Pineda Ubau e seu núcleo familiar a respeito da Nicarágua* (MC 873-18), Resolução No. 5/2019 (Ampliação), 11 de fevereiro de 2019
39. *Luis Alonso Monge, Honduras*, Relatório No 5/85, Caso No. 7956, Solução Amistosa, 5 de março de 1985
40. *Luz Angela Niño Chacón a respeito da Colômbia* (MC 885-17), Resolução No. 5/2018, 2 de fevereiro de 2018
41. *M.A.V.G. a respeito da Colômbia* (MC 451-19), Resolução No. 48/2019, 29 de setembro de 2019
42. *Márcia Barbosa de Souza, Brasil*, Relatório No. 38/07, Petição No. 12263, Admissibilidade, 26 de julho de 2007
43. *Márcia Cristina Rigo Leopoldi, Brasil*, Relatório No. 09/12, Petição No. 11996/12, Admissibilidade, 20 de março de 2012
44. *María Corina Machado Parisca a respeito da Venezuela* (MC 125-19), Resolução No. 22/2019, 12 de abril de 2019
45. *Maria Da Penha Maia Fernandes, Brasil*, Relatório No. 54/01, Caso No. 12.051, 16 de abril de 2001
46. *Membros da Comunidade Guyraroká do Povo Indígena Guaraní Kaiowá a respeito do Brasil* (MC 458-19), Resolução No. 47/2019, 29 de setembro de 2019
47. *Meninos Emascarados do Maranhão, Brasil*, Relatório No. 43/06, Casos 12.426 e 12.427, Solução Amistosa, 15 de março de 2006
48. *Membros do Sindicato de Trabalhadores Oficiais e Empregados Públicos de Antioquia, Colômbia*, Relatório No. 140/09, Petição No. 1470-05, Admissibilidade, 30 de dezembro de 2009

49. *Menores detidos*, Honduras, Relatório No. No. 41/99, Caso 11.491, 19 de março de 1999
50. *Marcelino Díaz Sánchez e outros a respeito do México* (MC 1498-18), Resolução No. 24/2019, 23 de abril de 2019
51. *Mercedes Julia Huenteao Beroiza e outras*, Chile, Relatório No. 30/04, Petição No. 4617/02, Solução Amistosa, 11 de março de 2004
52. *Milton García Fajardo e outros*, Nicarágua, Relatório No. 100/01, Caso No. 11381, Mérito, 11 de outubro de 2001
53. *Nabor Antonio Santiago Santiago a respeito do México* (MC 719-19), Resolução No. 39/2019, 3 de agosto de 2019
54. *Parque Natural Metropolitano*, Panamá, Relatório No. 88/03, Petição No. 11.533, Inadmissibilidade, 22 de outubro de 2003
55. *Pessoas Privadas de Liberdade na Cadeia Pública Jorge Santana a respeito do Brasil* (MC 888-19), Resolução No. 6/2020, 5 de fevereiro de 2020
56. *Povo Indígena Yanomami de Haximú, Venezuela*, Relatório No. 32/12, Petição No. 11706, Solução Amistosa, 20 de março de 2012
57. *Ramiro Ibarra Rubí a respeito dos Estados Unidos* (MC 82-18), Resolução No. 77/2018, 1 de outubro de 2018
58. *Ricardo Ucán Seca c. México*, Relatório n. 91/2010, Petição n. 12.660, Solução Amistosa, 15 de julho de 2010
59. *Saul Isaac Cantoral Huamaní e Consuelo Trinidad García Santa Cruz*, Peru, Relatório No. 76/05, Petição No. 10435, Admissibilidade e Mérito, 15 de outubro de 2005
60. *Sebastião Camargo Filho*, Brasil, Relatório No. 173/11, Caso No. 12.310, Admissibilidade e Mérito, 19 de março de 2009
61. *Solicitação de parecer consultivo à Corte Interamericana de Direitos Humanos – Alcance das obrigações dos Estados, no âmbito do sistema interamericano, sobre as garantias à liberdade sindical, sua relação com outros direitos e sua aplicação com uma perspectiva de gênero*, 31 julho 2019
62. *TGGL et al.*, Equador, Relatório, No. 102/13, Caso No. 663/06, 5 de novembro de 2013
63. *Vicky Hernández e família*, Honduras, Relatório No. 157/18, Caso No. 13.051, 7 de dezembro de 2018

64. *Victor Manuel Isaza Uribe e família*, Colômbia, Relatório n. 25/15, Caso No. 10.737, Mérito, 21 de julho de 2015
65. *Yerling Marina Aguilera Espinoza e outras (Dezessete defensoras de direitos humanos) a respeito da Nicarágua* (MC 939-18 e MC 1067-18), Resolução No. 70/2018, 17 de setembro de 2018
66. *Wallace de Almeida*, Brasil, Relatório No. 26/09, Caso No. 12.440, Admissibilidade e Mérito, 20 de março de 2009

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DAS NAÇÕES UNIDAS

1. *Alarcón Flores e outros c. Equador*, comunicação No. 14/2016, 4 de outubro de 2017
2. *Arellano Medina c. Equador*, comunicação No. 7/2015, 26 de março de 2018
3. *I. D. G c. Espanha*, comunicação No. 2/2014, 17 de junho de 2015
4. *MLB c. Luxemburgo*, comunicação No. 20/2017, 11 de outubro de 2019
5. *Martins Coelho c. Portugal*, comunicação No. 21/2017, 6 de julho de 2017
6. *S. C. e G. P. c. Itália*, comunicação No. 22/2017, 7 de março de 2019
7. *Trujillo Calero c. Equador*, comunicação No. 10/2015, 26 de março de 2018

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS

1. *A.R.J. c. Austrália*, comunicação No. 692/1996, 28 julho 1997
2. *Althammer c. Áustria*, comunicação No. 993/2001, 8 de agosto de 2003
3. *Ap. c. Itália*, comunicação No. 204/1986, 2 novembro 1987
4. *Leonid Sudalenko c. Bielorrússia*, comunicação No. 2016/2010, 28 dezembro 2015
5. *Turchenyak e outros c. Bielorrússia*, comunicação No. 1948/2010, 10 setembro 2013

CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

1. *Açik e outros c. Turquia*, No. 31451/03, 13 de janeiro de 2009
2. *Al-Saadoon e Mufdhi c. Reino Unido*, No. 61498/08, 2 de março de 2010
4. *Alekseyev c. Rússia*, nºs 4916/07, 25924/08 e 14599/09, 21 de outubro de 2010.
5. *Andric c. Suécia*. No. 45917/99, 23 de fevereiro de 1999
6. *Assanidze c. Georgia*, No. 71503/01, 8 de abril de 2004

7. *Airey c. Irlanda*, No. 6289/73, Sentença de 9 de outubro de 1979
8. *Babar Ahmad e outros c. Reino Unido*, Nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 e 67354/09, 10 de abril de 2012
9. *Barthold c. Alemanha*, No. 8734/79, 25 de março de 1985
10. *Berladir e outros c. Rússia*, No. 34202/06, 19 de novembro de 2012
11. *Boner c. Reino Unido*, No. 18711/91, 28 de outubro de 1994
12. *Büyükdağ c. Turquia*, No. 28340/95, 6 de abril de 2000
13. *Burdov c. Rússia*, No. 59498/00, 7 de maio de 2002
14. *Caso Linguístico Belga (Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium)*, Nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23 de julho de 1968
15. *Castells c. Espanha*, No. 11798/85, 23 de abril de 1992
16. *Chahal c. Reino Unido*, No. 22414/93, 15 de novembro de 1996
17. *Chember c. Rússia*, No. 7188/03, 3 de julho de 2008
18. *Cisse c. França*, n. 51346/99, 9 de abril de 2002
19. *Conka c. Bélgica*. No. 51564/99, 5 de fevereiro de 2002
20. *Cruz Varas e outros c. Suécia*, No. 15576/89, 20 de março de 1991
21. *Darby c. Suécia*, No. 11581/85, 23 de outubro de 1990
22. *De Cubber c. Bélgica*, No. 9186/80, 14 de setembro de 1987
23. *Dichand e outros c. Áustria*, No. 29271/95, 26 de fevereiro de 2002
24. *Di Pede c. Itália*, No. 15797/89, 26 de setembro de 1996, §§ 20-24
25. *Dickson c. Reino Unido*, No. 44362/04, 4 de dezembro de 2007
26. *Dudgeon c. Reino Unido*, No. 7525/76, 22 de outubro de 1981
27. *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquia*, n. 20641/05, 25 de setembro de 2012
28. *Éva Molnár c. Hungria*, No. 10346/05, 7 de outubro de 2008
29. *Evans c. Reino Unido*, No. 6339/05, 10 de abril de 2007
30. *Fadeyeva c. Rússia*, No. 55723/00, 9 de junho de 2005
31. *Feldek c. Eslováquia*, No. 29032/95, 12 de julho de 2001
32. *Fernández-Molina González e 369 outros c. Espanha*, No. 64359/01, 8 de 6 outubro de 2002

33. *Fey c. Áustria*, No. 10346/05, 24 de fevereiro de 1993
34. *Foulon e Bouvet c. França*, No. 9063/14 e 10410/14, 21 de outubro 2016
35. *Funke c. França*, No. 10828/84, 25 de fevereiro 1993
36. *Glas Nadezhda Eood e Anatoliy Elenkov c. Bulgária*, No. 14134/02, 11 de outubro de 2007
37. *Göçmen c. Turquia*, No. 72000/01, 17 de outubro de 2006
38. *Golder c. Reino Unido*, No. 4451/70, 21 de fevereiro de 1975
39. *Groppera Radio AG e outros c. Suíça*, No. 10890/84, 28 de março de 1990
40. *Guerra e outros c. Itália (GC)*, No. 14967/89, 19 de fevereiro de 1998
41. *Gün e outros c. Turquia*, No. 8029/07, 18 de junho de 2013
42. *Hakizimana c. Suécia*, No. 37913/05, 27 de março de 2008
43. *Handyside c. Reino Unido*, No. 5493/72, 07 de dezembro de 1976.
44. *Harroudj c. França*, No. 43631/09, 4 de outubro de 2012
45. *Hauschildt c. Dinamarca (TP)*, No. 10486/83, 24 de maio de 1989
46. *Hornsby c. Grécia*, No. 18357/91, 19 de março de 1997
47. *Huvig c. França*, No. 10486/83, 24 de abril de 1990
48. *Irlanda c. Reino Unido*, No. 5310/71, 18 de janeiro de 1978.
49. *Iwanczuk c. Polônia*, No. 25196/94, 15 de novembro de 2001
50. *Jalloh c. Alemanha (GC)*, No. 54810/00, 11 de julho de 2006
51. *Jasiūniene c. Lituânia*, No. 41510/98, 6 de março de 2003
52. *John Murray c. Reino Unido (GC)*, No. 18731/9, 8 de fevereiro de 1996
53. *Kaboulov c. Ucrânia*, No. 41015/04, 19 de novembro de 2009
54. *Kyprianou c. Chipre (GC)*, No. 73797/01, 27 de janeiro de 2004.
55. *Kolyadenko e outros c. Rússia*, No. 17423/05 e outros, 28 de fevereiro de 2012
56. *Kruslin c. França*, No. 11801/85, 24 de abril de 1990
57. *Kudrevičius e outros c. Lituânia*, No. 37553/05, 15 de outubro de 2015
58. *Kuliś e Różycki c. Polônia*, No. 27209/03, 06 de outubro de 2009
59. *Labassee c. França*, No. 65941/11, 26 de setembro 2014
60. *Lashmankin e outros c. Rússia*, No. 57818/09 e outros, 29 de maio de 2017
61. *Leander c. Suécia*, No. 9248/81, 26 de março de 1987

62. *Lehideux e Isorni c. França*, No. 24662/94, 23 de setembro de 1998
63. *Lingens c. Áustria*, No. 9815/82, 8 de julho de 1986
64. *López Ostra c. Espanha*, No. 16798/90, 9 de dezembro de 1994
65. *Makhmudov c. Rússia*, No. 35082/04, 26 de outubro de 2007
66. *Mangouras c. Espanha*, No. 12050/04, 28 de setembro de 2010
67. *Marckx c. Bélgica (TP)*, n.º 6833/74, 13 de junho de 1979
68. *Mennesson c. França*, No. 65192/11, 26 de setembro 2014
69. *Müller e outros c. Suíça*, No. 10737/84, 24 de maio de 1988
70. *Natsvlishvili e Togonidze c. Geórgia*, No. 9043/05, 29 de abril de 2014
71. *Neulinger e Shuruk e Suíça (GC)*, No. 41615/07, 6 de julho de 2010
72. *Neumeister c. Áustria*, No. 1936/63, 27 de junho de 1968
73. *Niemietz c. Alemanha*, No. 13710/88, 16 de dezembro de 1992
74. *Nizomkhon Dzhuraev c. Rússia*, No. 31890/11, 3 de outubro de 2013
75. *Northier c. Países Baixos*, No. 16798/90, 24 de agosto de 1993
76. *Nosov e outros c. Rússia*, No. 9117/04 e 10441/04, 7 de julho de 2014
77. *Oberschlick c. Áustria*, No. 11662/85, 25 de abril de 1991
78. *Öllinger c. Áustria*, No. 76900/01, 29 de setembro de 2006
79. *Opuz c. Turquia*, No. 33401/02, 9 de junho de 2009
80. *Ors e Outros c. Turquia*, No. 46213/99, 20 de junho de 2006
81. *Osman c. Reino Unido (GC)*, n. 23452/94, 28 de outubro de 1998
82. *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, No. 8139/09, 17 de janeiro de 2012
83. *Otto-Preminger-Institut c. Áustria*, nNo. 13470/87, 20 de setembro de 1994
84. *P. e S. c. Polónia*, No. 57375/08, 30 de outubro de 2012
85. *Padovani c. Itália*, No. 13396/87, 26 de fevereiro de 1993
86. *Paladi c. Moldova*, No. 39806/05, Sentença de 10 de março de 2009
87. *Peck c. Reino Unido*, No. 44647/98, 28 de abril de 2003
88. *Placi c. Itália*, No. 48754/11, 21 de janeiro de 2014
89. *Perna c. Itália*, n.º 48898/99, 6 de maio de 2003
90. *Piersack c. Bélgica*, No. 8692/79, 1 de outubro de 1982
91. *Plattform "Ärzte für das Leben" c. Áustria*, No. 10126/82, Sentença de 21 de

junho de 1988

92. *Popov c. Moldova*, No. 74153/01, 18 de janeiro de 2005
93. *Pretty c. Reino Unido*, No. 2346/02, 29 de julho de 2002
94. *R.R. c. Polônia*, No. 27617/04, 26 de maio de 2011
95. *Ribitsch c. Áustria*, No. 18896/91, 4 de dezembro de 1995
96. *Ruiz Torija c. Espanha*, No. 8692/79, 9 de dezembro de 1994
97. *S.A.S c. França (GC)*, No. 43835/11, 1 de julho de 2014
98. *S.H. e outros c. Áustria*, No. 57813/00, 3 de novembro de 2011
99. *Saadi c. Itália* [GS], No. 37201/06, 28 de fevereiro de 2008
100. *Sabri Günes c. Turquia*, No. 27396/06, 29 de junho de 2012
101. *Sainte-Marie c. França*, No. 12981/87, 19 de dezembro de 1992
102. *Sarban c. Moldova*, No. 3456/05, 4 de janeiro de 2006
103. *Scharsach and News Verlagsgesellschaft c. Áustria*, No. 39394/98, 13 de fevereiro de 2004
104. *Shamaev e outros c. Georgia e Rússia*, No. 36378/02, 12 de abril de 2005
105. *Sigma Radio Television Ltd. c. Chipre*, Nos. 32181/04 e 35122/05, 21 de julho de 2011
106. *Soering c. Reino Unido*, No. 14038/88, 7 de julho de 1989
107. *Sürek e Özdemir c. Turquia*, Nos. 23927/94 e 24277/94, 8 de julho de 1999
108. *Stankov e United Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgária*, Nos. 29221/95 e 29225/95, 2 de outubro de 2001
109. *Steel e Morris c. Reino Unido*, No. 68416/01, 15 de fevereiro de 2005
110. *The Sunday Times c. Reino Unido (No. 1) (TP)*, No. 6538/74, 26 de abril de 1979
111. *V. C. c. Eslováquia*, No. 18968/07, 8 de novembro de 2011
112. *Volodina c. Rússia*, No. 41261/17, 9 de julho de 2019
113. *X e Outros c. Áustria (GC)*, No. 19010/07, 19 de fevereiro de 2013
114. *X e E c. Países Baixos*, No. 8978/80, 26 de março de 1985
115. *Yaroslav Belousov c. Rússia*, No. 2653/13 e 60980/14, 4 de outubro de 2016
116. *Zakrzewska c. Polônia*, No. 49927/06, 16 de dezembro de 2008
117. *Zappia c. Itália*, No. 24295/94, 26 de setembro de 1996

CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS

Opiniões consultivas

1. *Condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03, 17 setembro 2003, Série A No. 18
2. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*. Opinião Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, Série A No. 17
3. *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*, Opinião Consultiva OC-21/14, 19 agosto de 2014, Série A No. 21
4. *Exceções ao esgotamento dos recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a e 46.2.b, Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*, Opinião Consultiva OC-11/90, 10 de agosto de 1990. Série A No. 11
5. *Exigibilidade do direito de retificação ou resposta (arts. 14.1, 1.1 e 20, Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Opinião Consultiva OC-07/86, 29 de agosto de 1986, Série A No. 7
6. *Garantias Judiciais em Estados de Emergência (arts. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos)*, Opinião Consultiva OC-9/87, de 6 de outubro de 1987, Série A No. 9
7. *Interpretação da Declaração Americana de Direitos do Homem à luz do artigo 64.º da Convenção Americana dos Direitos Humanos*, Opinião Consultiva OC-10/89, de 14 de julho de 1989, Série A No. 10
8. *O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal*, Opinião Consultiva OC-16/99, de 1 de outubro de 1999, Série A No. 16
9. *O habeas corpus sob suspensão de garantias (artigos 27.2, 25.1 e 7.6 da Convenção Americana dos Direitos Humanos)*, Opinião consultiva OC-8/87, de 30 de janeiro de 1987, Serie A, No. 8
10. *O registro profissional obrigatório de jornalistas (artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos)*, Opinião Consultiva OC-5/85, 13 de novembro de 1985, Série A No. 5
11. *Obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo (Interpretação e alcance dos artigos 1.º, n.º 1, 3.º, 7.º, 11.º, n.º 2, 13.º, 17.º, 18.º e 24.º, em*

- relação ao artigo 1.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*), Opinião Consultiva OC-24/17, 24 de novembro de 2017, Série A No. 24
12. *“Outros tratados” objeto da função consultiva da Corte*, Opinião Consultiva OC-1/82, de 24 de setembro de 1982, Série A No. 1
 13. *Parecer consultivo sobre meio ambiente e direitos humanos*, Opinião Consultiva OC-23/2017, de 15 de novembro de 2017
 14. *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*, Opinião consultiva OC-4/84, de 19 de janeiro de 1984, Série A No. 4
 15. *Responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis de violação da Convenção (arts. 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Opinião Consultiva OC-14/94, de 9 de dezembro de 1994, Série A No. 14
 16. *Restrições à pena de morte (arts. 4(2) e 4(4) da Convenção Americana dos Direitos Humanos)*. Opinião Consultiva OC-3/83, de 8 de setembro de 1983, Série A No. 3
 17. *Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de direitos humanos (interpretação e alcance do artigo 1.2, com relação aos artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como do artigo 8.1.a e b do Protocolo de San Salvador)*, Opinião Consultiva OC-22/16, de 26 de fevereiro de 2016, Série A No. 22

Casos

1. *“A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de fevereiro de 2001, Série C No. 73
2. *Acevedo Buendía e Outros (“Demitidos e aposentados da controladoria”) c. Peru*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de julho de 2009, Série C No. 198
3. *Acosta Calderón c. Equador*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de junho de 2005, Série C No. 129
4. *Aguirre Roca e Outros c. Peru (Caso da Corte Constitucional)*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de janeiro de 2001, Série C No. 71
5. *Albán Cornejo e outros. c. Equador*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 de novembro de 2007, Série C No. 171

6. *Almonacid Arellano e outros c. Chile*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 setembro de 2006, Série C No. 154
7. *Andrade Salmón c. Bolívia*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de dezembro de 2016, Série C No. 330
8. *Anzualdo Castro c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009, Série C No. 202
9. *Apitz Barbera e outros (“Corte Primeira do Contencioso Administrativo”) c. Venezuela*, Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de agosto de 2008, Série C No. 182
10. *Argüelles e Outros c. Argentina*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2014, Série C Nº. 288
11. *Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257
12. *Asociación Nacional De Cesantes Y Jubilados de la Superintendencia Nacional De Administración Tributaria (Ancejub-Sunat) c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 21 de novembro de 2019, Série C No. 394
13. *Atala Riffo e Crianças c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de fevereiro de 2012, Série C No. 239
14. *Atala Riffo e filhas c. Chile*, Pedido de interpretação da sentença de mérito, reparações e custas, Sentença de 21 de novembro de 2012, Série C No. 254
15. *Atala Riffo e Crianças c. Chile*, Supervisão de cumprimento de sentença, Resolução da Corte de 10 de fevereiro de 2017
16. *Atala Riffo e Crianças c. Chile*, Solicitação de interpretação da sentença de mérito, reparações e custas, Sentença de 21 de novembro de 2012, Série C No. 254.
17. *Azul Rojas Marín e outra c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 12 de março de 2020, Série C No. 402
18. *Baldeón García c. Perú*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 6 de abril de 2006, Serie C No. 147
19. *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, Mérito, Sentença de 25 de novembro de 2000, Série C No. 70

20. *Baena Ricardo e outros c. Panamá*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 2 de fevereiro de 2001, Série C No. 72
21. *Barbani Duarte e outros c. Uruguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 13 de outubro de 2011, Série C No. 234
22. *Bueno Alves c. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 11 maio 2007, Série C No. 164
23. *Bulacio c. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 18 setembro 2003, Série C No. 100
24. *Caballero Delgado y Santana c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Sentença de 21 de janeiro de 1994, Série C No. 17
25. *Caballero Delgado y Santana c. Colômbia*, Mérito, Sentença de 8 de dezembro de 1995, Série C No. 22
26. *Cabrera García e Montiel Flores c. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C No. 220
27. *Cantoral Benavides c. Peru*, Mérito, Sentença de 18 de agosto de 2000, Série C No. 69
28. *Cantoral Benavides c. Peru*, Reparações e Custas, Sentença de 3 de dezembro de 2001, Série C No. 88
29. *Cantoral Huamaní e García Santa Cruz c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 10 de julho de 2007, Série C No. 167
30. *Carpio Nicolle e outros c. Guatemala*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 de novembro de 2004, Série C No. 117
31. *Carvajal e outros c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, reparações e Custas, Sentença de 13 de março de 2018, Série C No. 352
32. *Castañeda Gutman c. México*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 6 de agosto de 2008, Serie C No. 184
33. *Castillo Páez c. Peru*, Monitorização da execução da sentença, 3 de abril de 2009
34. *Castillo Petruzzi e outros c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de maio de 1999, Série C No. 52
35. *Caesar c. Trindade e Tobago*, Sentença de 11 de março de 2005, Série C No. 123
36. *Chaparro Álvares e Lapo Íñiguez c. Equador*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 21 de novembro de 2007, Série C No. 170

37. *Chitay Nech e outros c. Guatemala*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de maio de 2010, Série C No. 212
38. *Chócron Chócron c. Venezuela*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de julho de 2011, Série C No. 227
39. *Chumbipuma Aguirre e outros (Barrios Altos) c. Peru*, Mérito, Sentença de 14 março 2001, Série C No. 75
40. *Cinco aposentados c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 fevereiro 2003, Série C no. 98
41. *Claude Reyes e outros c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 19 de setembro de 2006, Série C No. 151
42. *19 Comerciantes c. Colômbia*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de julho de 2004, Série C No. 109
43. *Complexo Penitenciário de Curado a respeito do Brasil*. Medidas Provisórias, 22 de maio de 2014
44. *Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros c. Honduras*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 8 de outubro de 2015, Série C No. 304
45. *Comunidade Indígena Yakye Axa c. Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 173 de junho de 2005, Série C No. 125
46. *Comunidade Indígena Yakye Axa c. Paraguai*, Supervisão do cumprimento da sentença, Resolução de 14 de maio de 2019
47. *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29 de março de 2006, Série C No. 146
48. *Comunidade Indígena Xákmok Kásek c. Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de agosto de 2010, Série C No. 214
49. *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicarágua*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2001, Série C No. 79
50. *Comunidade Moiwana c. Suriname*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 de junho de 2005, Série C No. 124
51. *Comunidades afrodescendentes deslocadas da bacia do Rio Cacarica c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2013, Série C No. 270

52. *Contreras e outros c. El Salvador*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2011, Série C No. 232
53. *Corte Suprema de Justiça (Quintana Coello e outros) c. Equador*, Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de agosto de 2013, Série C No. 266
54. *Crianças privadas de Liberdade no “Complexo do Tatuapé” da Fundação CASA*, Medidas provisórias, 25 de novembro de 2008
55. *Crianças e adolescentes privados de liberdade no “Complexo de Tatuapé” da Fundação CASA*, Medidas Provisórias, 4 de julho de 2006
56. *Crianças Yean e Bosico c. República Dominicana*, Sentença de 8 de setembro de 2005, Série C No. 130
57. *Defensor de Direitos Humanos c. Guatemala*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2014, Série C No. 283
58. *Duque c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de fevereiro de 2016, Série C No. 310
59. *Duque c. Colômbia*, Supervisão de cumprimento de sentença, Resolução da Corte de 12 de março de 2020
60. *Durand e Ugarte c. Peru*, Mérito, Sentença de 16 de agosto de 2000, Série C No. 68
61. *Escher e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 6 de julho de 2009, Série C n. 200
62. *Escué Zapata c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 4 de julho de 2007, Série C No. 165
63. *Espinoza Gonzáles c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2014, Série C No. 289
64. *Familia Pacheco Tineo c. Bolívia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de novembro de 2013, Série C No. 272
65. *Fairén Garbi e Solís Corrales c. Honduras*, Exceções Preliminares, Sentença de 26 de junho de 1987, Série C No. 2
66. *Fairén Garbi e Solís Corrales c. Honduras*, Mérito, Sentença de 15 de março de 1989, Série C No. 6
67. *Favela Nova Brasília c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 de fevereiro de 2017, Série C n. 333

68. *Favela Nova Brasília c. Brasil*, Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de fevereiro de 2018, Série C No. 345
69. *Fornerón e Filha c. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 27 de abril de 2012, Série C No. 242
70. *Furlan c. Argentina*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2012, Série C No. 246
71. *García e familiares c. Guatemala*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29 de novembro de 2012, Série C No. 258
72. *Garibaldi c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de setembro de 2009, Série C No. 203
73. *Gelman c. Uruguai*, Mérito e Reparações, Sentença de 24 fevereiro 2011, Series C No. 222
74. *Gelman c. Uruguai*, Supervisão de Cumprimento de Sentença, Resolução de 20 de março de 2013
75. *Genie Lacayo c. Nicarágua*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29 de janeiro de 1997, Série C No. 30
76. *Godínez Cruz c. Honduras*, Exceções Preliminares, Sentença de 26 de junho de 1987, Série C No. 3
77. *Godínez Cruz c. Honduras*, Mérito, Sentença de 20 de janeiro de 1989, Série C No. 5
78. *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2010, Série C No. 219
79. *Gonzáles e outras (“Campo Algodoeiro”) c. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 novembro 2009, Série C No 205
80. *Gonzales Lluy e outros c. Equador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de setembro de 2015, Série C No. 298
81. *González Medina e Familiares c. República Dominicana*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 27 de fevereiro de 2012, Série C No. 240
82. *Granier e outros (Radio Caracas Televisión) C. Venezuela*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 junho 2015, Série C No. 293

83. *Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) c. Guatemala*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2012, Série C, No. 253
84. *Gutiérrez e família c. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 novembro 2013, Série C No. 271
85. *Gutiérrez Soler c. Colômbia*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 12 de setembro de 2005, Série C No. 132
86. *Heliodoro Portugal c. Panamá*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C No. 186
87. *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 2 de julho de 2004, Série C No. 107
88. *Herzog e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 de março de 2018, Série C No. 353
89. *Hilaire, Constantine, Benjamin e outros c. Trinidad e Tobago*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 21 de junho de 2002, Série C No. 94
90. *Homero Flor Freire c. Equador*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2016, Série C No. 315
91. *Homero Flor Freire c. Equador*, Supervisão de cumprimento de sentença, Resolução da Corte de 07 de outubro de 2019
92. *Huilca Tecse c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 3 de março de 2005, Serie C No. 121
93. *I.V. c. Bolívia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de novembro de 2016, Série C No. 329
94. *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolívia*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de setembro de 2010, Série C No. 217
95. *“Instituto de Reeducação del Menor” c. Paraguay*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 2 de setembro de 2004, Serie C No. 112
96. *Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*, Medidas Provisórias a respeito do Brasil, 13 de fevereiro de 2017
97. *Isaza Uribe e outros c. Colômbia*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2018, Série C No. 363
98. *Ivcher Bronstein c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 6 de fevereiro de 2001, Série C No. 74

99. *J. c. Peru*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 27 de novembro de 2013, Série C No. 275
100. *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 7 de junho de 2003, Série C No. 99
101. *Kawas Fernández c. Honduras*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 3 de abril de 2009, Série C No. 196
102. *Eduardo Kimel c. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 2 de maio de 2008, Série C No. 177
103. *L.M a respeito do Paraguai*, Medidas Provisórias, 1 de julho de 2011
104. *La Cantuta c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29 de novembro de 2006, Série C No. 162
105. *Lagos del Campo c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 340
106. *Las Palmeras c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Sentença de 4 de fevereiro de 2000, Série C No. 67
107. *Las Palmeras c. Colômbia*, Mérito, Sentença de 6 de dezembro de 2001, Série C No. 90
108. *Liakat Ali Alibux c. Suriname*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de janeiro de 2014, Série C No. 276
109. *López Álvarez c. Honduras*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de fevereiro de 2006, Série C No. 14
110. *López Lone e outros c. Honduras*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de outubro de 2015, Série C No. 302
111. *López Mendonza c. Venezuela*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de setembro de 2011, Série C No. 233
112. *Lori Berenson-Mejía c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de novembro de 2004, Série C No. 119
113. *Loaysa Tamayo c. Peru*, Mérito, Sentença de 17 de setembro de 1997, Série C No. 33
114. *Luna López c. Honduras*, Mérito, Reparações e Custas, 10 de outubro de 2013, Series C No.269
115. *Manuel Cepeda Vargas c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de maio de 2010, Série C No. 213

116. *Maritza Urrutia c. Guatemala, Mérito*, Reparações e Custas, Sentença de 27 de novembro de 2003, Série C No. 103
117. *Massacre da Rochela c. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 11 de maio de 2007, Série C No. 163
118. *Massacre de Dos Erres c. Guatemala*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2009, Serie C No. 211
119. *Massacre de Mapiripán c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 de setembro de 2005, Série C No. 134
120. *Massacre de Plan de Sánchez c. Guatemala*, Mérito, Sentença de 29 de abril de 2004, Série C No. 105
121. *Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de janeiro de 2006, Série C No. 140
122. *Massacre de Santo Domingo c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito e Reparações, Sentença de 30 de novembro de 2012, Série C No. 259
123. *Massacres de Ituango c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de julho de 2006, Série C No. 148
124. *Massacres de Río Negro c. Guatemala*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 4 de setembro de 2012, Série C No. 250
125. *Mejía Idrovo c. Equador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de julho de 2011, Série C No. 2286
126. *Mémoli c. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 de agosto de 2013, Série C No. 265
127. *Meninas Yean e Bosico c. República Dominicana*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 8 de setembro de 2005, Serie C No. 130
128. “*Meninos de Rua*” (*Villagrán Morales e outros*) *c. Guatemala*. Exceções Preliminares, Sentença de 11 de setembro de 1997, Série C No. 32
129. “*Meninos de Rua*” (*Villagrán Morales e outros*) *c. Guatemala*, Mérito, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C No. 63
130. “*Meninos de Rua*” (*Villagrán Morales e outros*) *c. Guatemala*, Reparações e Custas, Sentença de 26 de maio de 2001, Série C No. 77
131. “*Meninos de Rua*” (*Villagrán Morales e outros*) *c. Guatemala*, Monitoramento da implementação da sentença, Ordem de 24 de novembro de 2015

132. *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de novembro de 2003, Série C No. 101
133. *Mohamed c. Argentina*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de novembro de 2012, Série C No. 255
134. *Muelle Flores c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 e março de 2019, Série C No. 375
135. *Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco c. México*, Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 novembro 2018, Série C No. 371
136. *Nadege Dorzema e outros c. República Dominicana*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de outubro de 2012, Série C No. 251
137. *Nogueira de Carvalho e Outro c. Brasil*, Exceções Preliminares e Mérito, Sentença de 28 de novembro de 2006, Série C No. 161
138. *Norín Catrimán e Outros (dirigentes, membros e ativista do povo indígena mapuche) c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29 de maio de 2014, Série C No. 279
139. *Omeara Carrascal e outros c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 21 de novembro de 2018, Série C No. 368
140. *Osorio Rivera e Familiares c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de novembro de 2013, Série C No. 274
141. *Palamara Iribarne c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 de novembro de 2005, Série C No. 135
142. “*Panel Blanca*” (*Paniagua Morales e outros*) *c. Guatemala*, Mérito, Sentença de 8 de março de 1998, Série C N° 37
143. *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2014, Série C No. 282
144. *Poblete Vilches e outros c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 8 de março de 2018, Série C No. 349
145. *Povo Indígena Kankuamo*, Medidas provisórias a respeito à Colômbia, 5 de julho de 2004
146. *Povo Indígena Kichwa Sarayaku c. Equador*, Mérito e Reparações, Sentença de 27 de junho de 2012, Série C No. 245

147. *Povo Indígena Xucuru e seus membros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de fevereiro de 2018, Série C No. 346
148. *Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus Membros c. Panamá*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 14 de outubro de 2014, Série C No. 284
149. *Povo Saramaka c. Suriname*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2007, Série C No. 172
150. *Presídio Miguel Castro-Castro c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de novembro de 2006, Série C No. 160
151. *Presídio Urso Branco, Rondônia*, Medidas provisórias, 18 de junho de 2002
152. *Quispialaya Vilcapoma c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de novembro de 2015, Série C No. 308
153. *Radilla Pacheco c. México*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de novembro de 2009, Série C No. 209
154. *Ramírez Escobar e outros c. Guatemala*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 9 de março de 2018, Série C No. 3519
155. *Renato Ticona Estrada e outros c. República de Bolívia*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 27 de novembro de 2008, Série C No. 191
156. *Ricardo Canese c. Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2004, Série C No. 111
157. *Rochac Hernández e outros c. El Salvador*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 14 de outubro de 2014, Série C No. 285
158. *Rodríguez Vera e outros (“Desaparecidos do Palácio de Justiça”) c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 14 de novembro de 2014, Série C No. 287
159. *Salvador Chiriboga c. Equador*, Exceção preliminar, Mérito, Sentença de 6 de maio de 2008. Série C No. 179
160. *Saul Isaac Cantoral Huamani e Consuelo Trinidad García Santa Cruz c. Peru*, Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 10 de julho de 2007, Série C No. 167
161. *Suárez Peralta c. Equador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 21 de maio de 2013, Série C No. 261

162. *Suárez Rosero c. Equador*, Mérito, Sentença de 12 de novembro de 1997, Série C No. 35
163. *Tibi c. Equador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 7 de setembro de 2004, Série C No. 114
164. *Torres Millacura e outros c. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de agosto de 2011, Série C No. 229
165. *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de outubro de 2016, Série C No. 318
166. *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 de agosto de 2017, Série C No. 337
167. *Trabalhadores Demitidos de Pretroperu e outros c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de novembro de 2017, Série C No. 344.
168. *Trabalhadores Dispensados do Congresso (Aguado Alfaro e outros) c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2006, Série C No. 174
169. *Tribunal Constitucional c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de janeiro de 2001, Série C No. 71
170. *Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) c. Equador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2013. Série C No. 268
171. *Tristán Donoso c. Panamá*, Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 27 de janeiro de 2009, Série C No. 193
172. *Trujillo Oroza c. Bolívia*, Reparações e Custas, Sentença de 27 de fevereiro de 2002, Série C No. 923
173. *Usón Ramírez c. Venezuela*, Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2009, Série C No. 207
174. *V.R.P., V.P.C. e outros c. Nicarágua*, Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, Sentença de 8 de março de 2018, Série C No. 350
175. *Valle Jaramillo e outros c. Colômbia*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 27 de novembro de 2008, Série C No. 192
176. *Vargas Areco c. Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de setembro de 2006, Série C No. 155

177. *Velásquez Paiz e outros c. Guatemala*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 19 de novembro de 2015, Série C No. 307
178. *Velásquez Rodrigues c. Honduras*, Exceções Preliminares, Sentença de 26 de junho de 1987, Série C No. 1
179. *Velásquez Rodrigues c. Honduras*, Mérito, Sentença de 29 de julho de 1988, Série C No. 4
180. *Véliz Franco e outros c. Guatemala*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 19 de maio de 2014, Série C No. 277
181. *Vélez Loor c. Panamá*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de novembro de 2010, Série C No. 218
182. *Vélez Restrepo e familiares c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 03 de setembro de 2012, Série C No. 248
183. *Vera Vera e outra c. Equador*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 19 de maio de 2011, Série C. No. 226
184. *Vereda La Esperanza c. Colômbia*. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 341
185. *Villamizar Durán e outros c. Colômbia*. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2018, Série C No. 364
186. *Wong Ho Wing c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de junho de 2015, Série C No. 297
187. *Ximenes Lopes c. Brasil*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 4 de julho de 2006, Série C No. 149
188. *Yarce e outras c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença 22 de novembro de 2016, Série C No 325
189. *Yatama c. Nicarágua*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de junho de 2005, Serie C No. 127
190. *Yvon Neptune c. Haiti*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 6 de maio de 2008, Série C N° 180

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Opiniões consultivas

Licitude da ameaça ou do emprego de armas nucleares, ICJ Reports 1996, p. 226

Casos

1. *Certas atividades conduzidas pela Nicarágua na região fronteiriça (Costa Rica c. Nicarágua), Indenização devida pela República da Nicarágua à República da Costa Rica, ICJ Reports 2018, p. 15*
2. *Projeto Gabčíkovo- Nagymaros (Hungria c. Eslováquia), Julgamento, ICJ Reports 1997, p. 7*

TRIBUNAL ARBITRAL

Trail smelter case (United States, Canada). 16 de abril de 1938 e 11 de março de 1941. In *Recueil des sentences arbitrales*. V. III, p. 1905-1982.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

1. *Brügge (C-385/01)*
2. *Giuseppe Francesco Gasparini e outros (C-467/049)*
3. *Gözütok (C-187/01)*
4. *Van Esbroeck (C-436/04)*
5. *Van Straaten (C-150/05)*

TRIBUNAL ESPECIAL DA SERRA LEOA

1. *Abu Garda*
2. *Ongwen*

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

1. *Prosecutor v. Al Bashir*
2. *Prosecutor v. Bemba*
3. *Prosecutor v. Gbagbo e Blé Goudé*
4. *Prosecutor v. Germain Katanga*
5. *Prosecutor v. Thomas Lubanga*
6. *Situação na República Democrática do Congo*

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA

Prosecutor v. Furundzija

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

Todos os acórdãos e decisões estão disponíveis no sítio: www.stf.jus.br

1. **Ação Cível Originária n. 312.** Rel. Min. Eros Grau, relator p/acórdão Min. Luiz Fux. DJe. 21/03/2013.
2. **Ação Cível Originária n. 362.** Rel. Min. Marco Aurélio. DJe. 03/10/2017.
3. **Ação Cível Originária n. 366.** Rel. Min. Marco Aurélio. DJe. 01/02/2018.
4. **Ação Cível Originária n. 3121.** Relatora: Min. Rosa Weber. Tutela Provisória. DJe 08/08/2018. Decisão Monocrática: Homologado acordo parcial. DJe. 02/12/2019.
5. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 42/DF.** Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe. 13/08/2019.
6. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 223.** Rel. Min. Paulo Brossard, rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno. DJ. 29/06/1990.
7. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1055.** Rel. Min. Rel. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJe. 15/12/2016.
8. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2404.** Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno. DJe. 01.08.2017.
9. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2566.** Rel. Min. Alexandre de Moraes, rel. p/acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno. DJe. 23.10.2018.
10. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3470/RJ.** Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno. DJe 01.02.2019.
11. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510.** Rel. Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. DJ 28/05/2010.
12. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4066.** Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe. 07/03/2018.
13. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275.** Rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/acórdão Min. Edson Fachin. DJ. 07/03/2019.
14. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277.** Rel. Min. Ayres Britto. DJ. 14/10/2011.

15. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4425.** Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ Acórdão. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno. DJ 19/12/2013.
16. **Ação Direta de Inconstitucionalidade I n. 4717,** Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno. DJe. 15/02/2019.
17. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4451.** Rel. Min. Ayres Britto. DJe. 01/07/2011, republicação DJe. 24/08/2012.
18. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815.** Rel. Min. Cármen Lúcia. DJe. 01/02/2016.
19. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5423/DF.** Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno. DJe 19/12/2017.
20. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5487/DF.** Rel. Min. Rosa Weber, rel p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno. DJe 19/12/2017.
21. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5488/DF.** Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno. DJe 19/12/2017.
22. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5577/DF.** Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno. DJe 19/12/2017
23. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5938,** Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno. DJe. 23/09/2019.
24. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6218 Medida Cautelar.** Rel. Min. Celso de Mello. DJe. 03/02/2020.
25. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26.** Rel. Min. Celso de Mello. DJ. 13/06/2019.
26. **Agravo de Instrumento n. 481015.** Rel. Min Gilmar Mendes. DJ. 08/09/2006.
27. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 803462.** Rel. Min. Teori Zavascki. DJe. 12/02/2015.
28. **Agravo Regimental na Reclamação n. 21504/SP.** Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma. DJe. 11/12/2015.
29. **Agravo Regimental no Inquérito n. 4.435.** Rel. Min. Marco Aurélio. Voto ministro Celso de Mello. DJe. 22/03/2019.
30. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 34493/BA.** Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma. DJe. 16/05/2019.
31. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1061894/RJ.** Rel. Min. Marco

- Aurélio, Primeira Turma. DJe. 28/09/2018.
32. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54.** Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJe. 30/04/2013.
33. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130.** Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. DJe. 05/11/2009.
34. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187.** Rel. Min. Celso de Mello. DJe. 29/05/2014.
35. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.291.** Rel. Min. Roberto Barroso. DJe. 11/05/2016.
36. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 Medida Cautelar.** Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. DJe. 19/02/2016.
37. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 449,** Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno. DJe. 02/09/2019.
38. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 489 Medida Cautelar.** Rel. Min. Rosa Weber. DJe. 07/11/2017.
39. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527. Medida Cautelar.** Rel. Min. Roberto Barroso. DJe. 27/06/2019.
40. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 511961/SP.** Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno. DJe 16.09.2019.
41. **Habeas Corpus n. 69303.** Rel. Min. Néri da Silveira. DJ. 20/11/1992.
42. **Habeas Corpus n. 82424.** Rel. Min. Moreira Alves, rel. p/acórdão Min. Maurício Corrêa. DJ. 19/03/2004.
43. **Habeas Corpus n. 90450.** Rel. Min. Celso de Melo. DJ. 06/02/2009.
44. **Habeas Corpus n. 94013.** Rel. Min. Carlos Ayres Britto. DJe. 12/03/2009.
45. **Habeas Corpus n. 94523.** Rel. Min. Carlos Ayres Britto. DJe. 10/02/2009.
46. **Habeas Corpus n. 124306.** Rel. Min. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso. DJe 17/03/2017.
47. **Habeas Corpus n. 141.949.** Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe. 23/04/2018.
48. **Habeas Corpus n. 179986 Agravo Regimental.** Rel. Min. Carmem Lúcia. DJe. 04/03/2020.
49. **Mandado de Segurança n. 24268.** Rel. Min. Ellen Gracie. DJ. 17/09/2004.

50. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF.** Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. DJe. 19.02.2016.
51. **Petição n. 3388.** Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ. 01/07/2010.
52. **Reclamação n. 21.504.** Rel. Min. Celso de Mello. DJe. 11/12/2015.
53. **Reclamação n. 38.782.** Decisão proferida pelo Ministro Presidente Dias Toffoli. Recesso Judicial. DJe. 31/01/2020.
54. **Recurso Extraordinário n. 349703.** Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJe. 04/06/2009.
55. **Recurso Extraordinário n. 404276 Agravo Regimental.** Rel. Min. Cezar Peluso, DJe. 16/04/2009.
56. **Recurso Extraordinário n. 414.426.** Rel. Min. Ellen Gracie. DJe. 10/10/2011.
57. **Recurso Extraordinário n. 466343.** Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno. DJ. 05/06/2009.
58. **Recurso Extraordinário n. 492783 Agravo Regimental.** Rel. Min: Ministro Eros Grau, DJe. 19/06/2008.
59. **Recurso Extraordinário n. 511961.** Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. DJe. 12/09/2009.
60. **Recurso Extraordinário n. 527814 Agravo Regimental.** Rel. Min. Eros Grau. DJe. 28/08/2008.
61. **Recurso Extraordinário n. 550769.** Min. Rel. Joaquim Barbosa. DJe. 03/04/2014.
62. **Recurso Extraordinário n. 888815/RS.** Rel. Min. Roberto Barroso, rel. p/acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno. DJe. 21/03/2019.
63. **Recurso Extraordinário n. 898450/SP.** Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno. DJe. 31/05/2017.
64. **Recurso ordinário em mandado de segurança n. 29087.** Rel. Min. Ricardo Lewandowski, rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes. J. 16/09/2014.
65. **Recurso ordinário em mandado de segurança n. 29542.** Rel. Min. Cármen Lúcia. J. 13/11/2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Todos os acórdãos e decisões estão disponíveis no sítio: www.stj.jus.br

1. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 837.218.** Rel. Min. Og Fernandes. DJ. 21/05/2019.

2. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1399220.** Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJ. 03/08/2017.
3. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1521338.** Rel. Min. Benedito Gonçalves. DJ. 08/02/2019.
4. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1588776.** Rel. Min. Humberto Martins. DJ. 25/05/2016.
5. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1765508** Rel.: Min. Assusete Magalhães. DJ. 25/02/2019.
6. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1800781.** Rel. Min. Assusete Magalhães. DJe. 24/09/2019.
7. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 841063.** Relator: Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região). DJ. 17/06/2016.
8. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1162664.** Rel. Min. Gurgel de Faria. DJ. 08/08/2018.
9. **Agravo Regimental em Recurso Especial n. 116933.** Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJ. 05/06/2012.
10. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1442853.** Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe, 03/12/2014.
11. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 137112.** Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJ. 20/05/2019.
12. **Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 345423.** Rel. Min. Francisco Falcão. DJ. 23/08/2019.
13. **Habeas Corpus n. 127902.** Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. DJe. 05/05/2014.
14. **Habeas Corpus n. 278248.** Rel. Min. Jorge Mussi. DJe. 12/09/2014.
15. **Habeas Corpus n. 294833.** Rel. Min. Felix Fischer. DJe. 23/06/2015.
16. **Habeas Corpus n. 399109.** Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. DJe. 22/08/2018.
17. **Incidente de Deslocamento de Competência n. 1.** Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ. 08/06/2005.
18. **Incidente de Deslocamento de Competência n. 2.** Rel. Min. Laurita Vaz. DJ. 27/10/2010.
19. **Incidente de Deslocamento de Competência n. 3.** Rel. Min. Jorge Mussi. DJe. 02/02/2015.

20. **Incidente de Deslocamento de Competência n. 5.** Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. DJe. 01/09/2014.
21. **Incidente de Deslocamento de Competência n. 10.** Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJ. 19/12/2018.
22. **Incidente de Deslocamento de Competência n. 14.** Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe. 22/08/2018.
23. **Recurso Especial n. 302906.** Rel. Min. Herman Benjamin. DJe. 01/12/2010.
24. **Recurso Especial n. 650728.** Rel. Min. Herman Benjamin. DJ. 02/12/2009.
25. **Recurso Especial n. 667603.** Rel. Min. Luiz Fux. DJ. 01/08/2005.
26. **Recurso Especial n. 811608.** Rel. Min. Luiz Fux. DJ. 04/06/2007.
27. **Recurso Especial n. 889852.** Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ. 27/04/2010.
28. **Recurso Especial n. 914253.** Rel. Min. Luiz Fux. DJe. 04/02/2010.
29. **Recurso Especial n. 965078.** Rel. Min. Herman Benjamin. DJ. 27/04/2011.
30. **Recurso Especial n. 1008398.** Rel. Min. Ministra Nancy Andrighi. DJ. 18/11/2011.
31. **Recurso Especial n. 1214408.** Rel. Min. Sérgio Kukina. DJ. 05/08/2015.
32. **Recurso Especial n. 1249227.** Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe. 25/03/2014.
33. **Recurso Especial n. 1281093.** Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ. 18/12/2012.
34. **Recurso Especial n. 1329993.** Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe. 18/03/2014.
35. **Recurso Especial n. 1362557.** Rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha. DJe. 09/12/2014.
36. **Recurso Especial n. 1366331.** Rel. Min. Humberto Martins, DJe. 19/12/2014.
37. **Recurso Especial n. 1390345.** Rel. Min. Napoleão Maia Nunes Filho. DJ. 07/04/2015.
38. **Recurso Especial n. 1410732.** Rel. Min. Herman Benjamin. DJ. 13/12/2016.
39. **Recurso Especial n. 1411258.** Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe. 21/02/2018.
40. **Recurso Especial n. 1457851.** Rel. Min. Herman Benjamin. DJ. 19/12/2016.
41. **Recurso Especial n. 1488639.** Rel. Min. Herman Benjamin. DJe. 16/12/2014.
42. **Recurso Especial n. 1526171.** Rel. Min. Sérgio Kukina. DJ. 10/12/2018.
43. **Recurso Especial n. 1540146.** Rel. Min. Herman Benjamin. DJ. 08/09/2015.

44. **Recurso Especial n. 1543485.** Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJ. 5/04/2016.
45. **Recurso Especial n. 1680699.** Rel. Min. Herman Benjamin. DJe. 19/12/2017.
46. **Recurso Especial n. 1782692.** Rel. Min. Herman Benjamin. DJ. 05/11/2019.
47. **Recurso Especial n. 1783526** Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ. 17 /12/2018.
48. **Recurso Especial n. 1788601.** Rel. Min. Herman Benjamim. DJ. 30/10/2019.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 23ª REGIÃO

Ação Civil Pública n. 0000450-57.2017.5.23.0041. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. 02/10/2018. Vara do Trabalho de Colíder/MT.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Apelação Cível n. 70030504070. Rel. Min. Desembargador Rui Portanova. DJ. 05/11/2011

Apelação Cível n. 70030772271. Rel. Min. Desembargador Rui Portanova. DJ. 23/07/2009.

Apelação Cível n. 70080693575, Rel. Min. Desembargador Liege Puricelli Pires. DJ D.J. 23/05/2019.

LISTA DE LEGISLAÇÃO NACIONAL

Argentina

Bolívia

Brasil

Constituições

Decretos

Decretos-leis

Leis

Projetos da Câmara dos Deputados

Projetos e outros documentos do Senado Federal

Lei do Rio de Janeiro

Chile

Espanha

Estados Unidos da América

França

Guatemala

Itália

Paraguai

Portugal

Reino Unido

Uruguai

LISTA DE LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

Conselho da Europa

Organização das Nações Unidas

Organização dos Estados Americanos

Organização Internacional do Trabalho

União Africana

União Europeia

Outros documentos

LISTA DE DIREITO INTERNACIONAL “MOLE”

CONSELHO DA EUROPA

Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa

Comitê de Ministros do Conselho da Europa

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas

Comissão de Direitos Humanos

Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Comitê de Direitos Humanos

Comitê para eliminação da discriminação contra as mulheres (CEDAW)

Conselho de Direitos Humanos

Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO)

Relatores especiais

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

ORGANIZAÇÃO PARA A SEGURANÇA E COOPERAÇÃO NA EUROPA

OUTROS DOCUMENTOS

LISTA DE LEGISLAÇÃO NACIONAL

Argentina

1. Lei nº 23.492, de 23 de dezembro de 1986. Lei do ponto final.
2. Lei nº 23.521, de 9 de junho de 1987. Lei da obediência devida.
3. Lei nº 24.430, de 15 de dezembro de 1994. Ordena a publicação do texto oficial da Constituição.

Bolívia

Lei nº 071, de 21 de dezembro de 2010.

Brasil

CONSTITUIÇÕES

1. Constituição do Império, 1824.
2. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934.
3. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

DECRETOS-LEIS

1. Decreto-lei nº 394, de 28 de abril de 1938. Regula a extradição.
2. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.
3. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.
4. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.
5. Decreto-lei nº 941, de 13 de outubro de 1969. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, e dá outras providências.
6. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar
7. Decreto-lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969. Dispõe sobre a declaração de bens, dinheiros ou valores, existentes no estrangeiro, a prisão administrativa e o sequestro de bens por infrações fiscais e dá outras providências.

DECRETOS

1. Decreto nº 75.963, de 11 de julho de 1975. Promulga o Tratado da Antártida.
2. Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar”.

3. Decreto nº 9, de 15 de janeiro de 1991. Promulga a Convenção sobre Pronto Notificação de Acidente Nuclear.
4. Decreto nº 350, de 21 de novembro de 1991. Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (Tratado MERCOSUL).
5. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
6. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Promulga Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.
7. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).
8. Decreto nº 2.652 de 1º de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.
9. Decreto nº 2.742, de 20 de agosto de 1998. Promulga o Protocolo ao Tratado da Antártida sobre Proteção ao Meio Ambiente.
10. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de São Salvador”).
11. Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.
12. Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José).
13. Decreto nº 5.208, de 17 de setembro de 2004. Promulga o Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul.
14. Decreto nº 7.940, de 20 de fevereiro de 2013. Promulga o Protocolo Adicional ao Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do MERCOSUL em Matéria de Cooperação e Assistência frente a Emergências Ambientais, adotado pela Decisão 14/04 do Conselho do Mercado Comum.
15. Decreto nº 9.578 de 22 de novembro de 2018. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre o Fundo Nacional sobre

Mudança do Clima, de que trata a Lei nº 12.114, de 9 de dezembro de 2009, e a Política Nacional sobre Mudança do Clima, de que trata a Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.

16. Decreto nº 9.887, promulgado em 27 de junho de 2019. Dispõe sobre a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo.

LEIS

1. Lei 2.416, de 28 de junho de 1911. Regula a extradição de nacionaes e estrangeiros e o processo e julgamento dos mesmos, quando, fóra do paiz, perpetrarem algum dos crimes mencionados nesta lei.
2. Lei 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.
3. Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências”.
4. Lei 4.737, de 15 de julho de 1965. Código Eleitoral.
5. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.
6. Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.
7. Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências.
8. Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências.
9. Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências.
10. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências.
11. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Código Brasileiro de Aeronáutica.
12. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.
13. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.
14. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

15. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.
16. Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política agrícola.
17. Lei nº 8.257, de 26 de novembro de 1991. Dispõe sobre a expropriação das glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas e dá outras providências.
18. Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992. Institui medida cautelar fiscal e dá outras providências.
19. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.
20. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Lei Orgânica da Assistência Social
21. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.
22. Lei nº 9.299, de 7 de agosto de 1996. Altera dispositivos dos Decretos-leis nº s 1.001 e 1.002, de 21 de outubro de 1969, Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, respectivamente.
23. Lei nº 9.307 de 23 de novembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.
24. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências.
25. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências.
26. Lei nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998. Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências.
27. Lei nº 9.613, de 9 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.
28. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização.
29. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.
30. Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas.

31. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.
32. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código civil.
33. Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003. Altera o art. 149 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo.
34. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. (Lei Maria da Penha).
35. Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.
36. Lei nº 12.114, de 9 de dezembro de 2009. Cria o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, altera os arts. 6º e 50 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências.
37. Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2018. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências.
38. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.
39. Lei nº 12.727, de 17 de outubro de 2012. Altera a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de

- dezembro de 2006; e revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, o item 22 do inciso II do art. 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e o § 2º do art. 4º da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.
40. Lei nº 12.847, de 2 de agosto de 2013. Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências.
 41. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.
 42. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco.
 43. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.
 44. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.
 45. Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.
 46. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.
 47. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

48. Lei nº 13.202, de 8 de dezembro de 2015. Institui o Programa de Redução de Litígios Tributários - PRORELIT; autoriza o Poder Executivo federal a atualizar monetariamente o valor das taxas que indica; altera as Leis nº 12.873, de 24 de outubro de 2013, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e 12.546, de 14 de dezembro de 2011; e dá outras providências.
49. Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015. Altera a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, 9.790, de 23 de março de 1999 e outras.
50. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012.
51. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração.
52. Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017. Altera o Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar
53. Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Altera o Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nos 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.
54. Lei nº 13.774, de 19 de dezembro de 2018. Altera a Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992, que “Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares”.
55. Lei nº 13.840, de 5 de junho de 2019. Altera as Leis nos 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas

Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas.

56. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.
57. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Projetos da Câmara dos Deputados

Projeto de Lei nº 1.646/2019. Estabelece medidas para o combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa e altera a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, a Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992, e a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Projetos e outros documentos do Senado Federal

1. Parecer sobre o PLS 432/2013 elaborado pelo relator, Senador Paulo Paim. Diário do Senado Federal, 16 de fevereiro de 2017.
2. Projeto de Lei nº 432 de 18 de outubro de 2013. Diário do Senado Federal, 18 de outubro de 2013.
3. Parecer nº 38 de 2014 às Emendas Apresentadas ao Projeto de Lei do Senado Federal nº 432, de 2013. Diário do Senado Federal, 13 de novembro de 2014.
4. Projeto de lei nº 284, de 2017 (Complementar). Regula o art. 146-A da Constituição Federal. Autoria: Senadora Ana Amélia (PP/RS).
5. Projeto de Lei nº 473/2017. Autoria Senador Ciro Nogueira (PI).
6. Texto Compilado do Regimento Interno do Senado Federal (Resolução 93 de 1970). Diário do Senado Federal, 02 de fevereiro de 2015

Lei do Rio de Janeiro

Lei carioca nº 3.579, de 07 de junho de 2001. Dispõe sobre a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto e dá outras providências.

Chile

1. Constituição, 2005.
2. Lei de Reforma Constitucional nº 18.825, de 15 de junho de 1989. Modifica a Constituição Política da República do Chile.

3. Decreto-lei nº 679, de 01 de outubro de 1974. Estabelece normas sobre Qualificação Cinematográfica.
4. Decreto-lei nº 2191, de 19 de abril de 1978, que perdoa os crimes cometidos entre 1973 e 1978 durante o regime Pinochet.

Espanha

Constituição, 1978.

Estados Unidos da América

Declaração de Independência, 1776.

França

1. Constituição, 1791.
2. Constituição, 1793.
3. Constituição, 1848.

Guatemala

1. Código Civil
2. Decreto nº 97-1996, de 28 de novembro de 1996. Lei para prevenir, sancionar e erradicar a violência intrafamiliar.

Itália

Lei nº 40/2004, de 19 de fevereiro. Procriação medicamente assistida.

Paraguai

Constituição, 1992.

Portugal

1. Lei n. 32/2006, de 27 de julho. Procriação medicamente assistida.
2. Lei n. 17/2016, de 20 de junho. Alarga o âmbito dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida).

Reino Unido

1. Human Fertilisation and Embryology Act 1985.
2. Surrogacy Arrangements Act 2008.

Uruguai

Lei nº 15.848, de 1 de dezembro de 1986 (Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva).

LISTA DE LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

Conselho da Europa

1. Carta Social Europeia, 1961.
2. Convenção Europeia de Direitos Humanos, 1950.
3. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina, 1997.
4. Protocolo No. 13 à Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, sobre a abolição da pena de morte em todas as circunstâncias, 2002.
5. Regulamento da Comissão Europeia de Direitos Humanos, 1993.
6. Regulamento da Corte Europeia de Direitos Humanos, 2019.

Organização das Nações Unidas

1. Acordo de Paris, no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a mudança do clima, 2015.
2. Constituição da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, 1945, com última emenda em 2002.
3. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969.
4. Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, 1989.
5. Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, 1954.
6. Estatuto da Corte Internacional de Justiça, 1946.
7. Estatuto do Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar, 1994.
8. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, 1966.
9. Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966.
10. Regulamento do Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar, 2018.

Organização dos Estados Americanos

1. Carta da Organização dos Estados Americanos, 1967.
2. Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, 1969.
3. Convenção Interamericana contra toda Forma de Discriminação e Intolerância, 2013.
4. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará), 1994.
5. Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, 1994.

6. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1948.
7. Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), 1988.
8. Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1985.
9. Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2009 (emendado em 2013).
10. Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2009.

Organização Internacional do Trabalho

1. Constituição da OIT, 1946.
2. Convenção nº 29, 1930.
3. Convenção nº 105, 1957.
4. Convenção nº 155, 1981.
5. Convenção nº 169, 2002.
6. Convenção nº 174, 1991.

União Africana

Protocolo Adicional à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos relativo à Criação de um Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, 1998.

Regulamento da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, 1988 (conforme emendado em 2010).

União Europeia

Diretiva nº 76/160/CEE do Conselho, de 8 de dezembro de 1975, relativa à qualidade das águas balneáveis.

Outros documentos

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 1999.

Tratado de Versalhes, 1783.

Tratado de Versalhes, 1919.

LISTA DE DIREITO INTERNACIONAL “MOLE”

CONSELHO DA EUROPA

Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa

Recomendação 1.915 (2010), de 29 de abril de 2010.

Resolução 756 (1981), de 01 de outubro de 1981.

Resolução 1728 (2010), de 29 de abril de 2010.

Resolução 2239 (2018), de 10 de outubro de 2018.

Comitê de Ministros do Conselho da Europa

Recomendação CM/REC (2010) 005, de 31 de março de 2010.

Recomendação N. R (94) 1, de 14 de março de 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas

Resolução 53/144, de 9 de dezembro de 1998. Declaração sobre o direito e o dever dos indivíduos, grupos e instituições de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais universalmente reconhecidos.

Resolução 217 (III), de 10 de dezembro de 1948. Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Resolução 3384 (XXX), de 10 de novembro de 1975. Declaração sobre o uso do progresso científico e tecnológico no interesse da Paz e em benefício da Humanidade.

Resolução 37/7, de 28 de outubro de 1982. Carta Mundial da Natureza.

Resolução n. 49/128, de 08 de fevereiro de 1995. Programa de Ação constante de Relatório da Conferência Internacional das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento.

Resolução 53/152, de 10 de março de 1999. Declaração Universal Sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.

Resolução 60/251, de 15 de março de 2006. Conselho de Direitos Humanos.

Resolução 66/288, de 27 de julho de 2012. O futuro que queremos.

Resolução 70/1, de 25 de setembro de 2015. Transformando o nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável.

Comissão de Direitos Humanos

Princípios orientadores sobre deslocamento interno, 1998.

Relatório E/CN.4/2004/49 adotado pelo Conselho Econômico, Social e Cultural da Comissão de Direitos Humanos da ONU, em 16 de fevereiro de 2004.

Relatório E/CN.4/2004/49/Add.1 adotado pelo Conselho Econômico, Social e Cultural da Comissão de Direitos Humanos da ONU, em 1º de março de 2004.

Relatório do Trabalho de Grupo na Violência contra a Mulher. Viena, Nações

Unidas, 1992.

Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, 1984.

Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Comentário Geral n. 3: A natureza das obrigações dos Estados Partes, 1990.

Comentário Geral n. 18: O direito ao trabalho, 2005.

Comentário Geral n. 20: Não discriminação nos direitos econômicos, sociais e culturais, 2009.

Comitê de Direitos Humanos

Comentário Geral No. 18, Não discriminação, 1989.

Concluding observations on the fourth periodic report of Algeria, 2018.

Comitê para eliminação da discriminação contra as mulheres (CEDAW)

Relatório Nacional Brasileiro. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Protocolo Facultativo. 2002.

Conselho de Direitos Humanos

Informe del grupo de trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, 2015.

Resolução 32/2, de 15 de julho de 2016. Proteção contra violência e discriminação baseada na orientação sexual e identidade de gênero.

Relatório 19/41, de 17 de novembro de 2011. Leis e práticas discriminatórias e atos de violência contra indivíduos baseados na sua orientação Sexual e identidade de gênero.

Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO)

Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, 2003.

Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras, 1997.

Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos, 2005.

Relatores especiais

Joint report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association and the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions on the proper management of assemblies. 2016.

Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression. 2012.

Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. 2015.

Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association. 2012.

Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association. 2013.

Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association. 2014.

Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS

A situação dos direitos humanos em Cuba – Sétimo relatório, 4 de outubro de 1983

Avanços e desafios para o reconhecimento dos direitos das pessoas LGBTI nas hn Américas, 7 de dezembro de 2018

Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia. OEA/ Ser.L/V/II, Doc. 58, de 24 de dezembro de 2009

Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Resolução AG/RES.2888 (XLVI-O/16), da Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos, de 2016.

Declaração de princípios sobre liberdade de expressão, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000.

Declaração conjunta sobre Wikileaks, do Relator Especial das Nações Unidas (ONU) para a Liberdade de opinião e de expressão e da Relatora Especial para a Liberdade de expressão da Comissão interamericana de Direitos Humanos, 2010.

Democracia e Direitos Humanos na Venezuela, 30 de dezembro de 2009

Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2010

Direitos humanos, orientação sexual e identidade e expressão de gênero. Resolução AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), da Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos, de 2013.

Informe de seguimiento, Acceso a la Justicia e inclusión social: el Camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia, OEA/Ser.L/V/II.135 Doc.40, 7 de agosto de 2009

Impacto del procedimiento de solución amistosa, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/13, 12 de dezembro de 2013

Informe sobre el impacto del mecanismo de solución amistosa, OEA/Ser.L/V/II.167, doc. 31, Segunda Edição, 1 de março de 2018

Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 17 de fevereiro de 1995

Informe sobre la situación de derechos humanos en Brasil, OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev.01, 29 de setembro de 1997

Informe sobre la situación de personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia, OEA/Ser.L/V/II, 6 de dezembro de 2019

Marco juridico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, da Relatora Especial para a Liberdade de expressão da Comissão interamericana de Direitos Humanos, 2009

Movilidad humana: derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas e desplazados internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2015

Quarto Relatório sobre a situação dos direitos humanos na Guatemala, 1 junho 1993

Pedido de parecer consultivo à corte interamericana de direitos humanos democracia e direitos humanos em contextos de julgamentos políticos, 2017

Relatório sobre a situação das defensoras e defensores de direitos humanos nas Américas, 7 março 2006

Relatório sobre a situação dos direitos humanos na Argentina, 11 de abril de 1980

Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Paraguai, 28 de setembro de 1987

Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Chile, 8 de maio de 1985

Relatório sobre a situação dos direitos humanos na República da Bolívia, 13 de outubro de 1981

Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos na Venezuela, 24 de outubro de 2003

Segundo Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos na Colômbia, 14 de outubro de 1993

Segundo Relatório sobre a situação das defensoras e defensores de direitos humanos nas Américas, 2011

Solicitação de parecer consultivo à Corte Interamericana de Direitos Humanos – Alcance das obrigações dos Estados, no âmbito do sistema interamericano, sobre as

garantias à liberdade sindical, sua relação com outros direitos e sua aplicação com uma perspectiva de gênero, 31 de julho de 2019

Violencia, niñez y crimen organizado, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 40/15, 11 de novembro de 2015

Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe, 2019

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, 1998.

ORGANIZAÇÃO PARA A SEGURANÇA E COOPERAÇÃO NA EUROPA

Guidelines on freedom of peaceful assembly, 2019.

OUTROS DOCUMENTOS

Declaração dos Direitos Sexuais. Associação mundial de sexologia, 1997.

Declaração e programa de ação de Durban. Conferência mundial contra o racismo, 2001.

Declaração e Plataforma de Ação de Pequim. Quarta conferência mundial sobre a Mulher, 1995.

Declaração e programa de ação de Viena. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, 1993.

Gender and racial discrimination. Report of the Expert Group Meeting, 2000.

Princípios de Yogyakarta. Painel Internacional de Especialistas em Legislação Internacional de Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, realizado na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, 2006.

Proclamação de Teerã. Conferência Internacional sobre Direitos Humanos em Teerã, 1968.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

(Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969)

PREÂMBULO

Os Estados americanos signatários da presente Convenção,

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem;

Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e

Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma convenção interamericana sobre direitos humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria,

Convieram no seguinte:

PARTE I

DEVERES DOS ESTADOS E DIREITOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO I

ENUMERAÇÃO DE DEVERES

ARTIGO 1. OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR OS DIREITOS

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

ARTIGO 2. DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

CAPÍTULO II

DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

ARTIGO 3. DIREITO AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Artigo 4. Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.

5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

ARTIGO 5. DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

ARTIGO 6. PROIBIÇÃO DA ESCRAVIDÃO E DA SERVIDÃO

1. Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso.

3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo:

- a. os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado;
- b. o serviço militar e, nos países onde se admite a isenção por motivos de consciência, o serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele;

- c. o serviço imposto em casos de perigo ou calamidade que ameace a existência ou o bem-estar da comunidade; e
- d. o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

ARTIGO 7. DIREITO À LIBERDADE PESSOAL

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

ARTIGO 8. GARANTIAS JUDICIAIS

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
 - h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

ARTIGO 9. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA RETROATIVIDADE

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

ARTIGO 10. DIREITO A INDENIZAÇÃO

Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário.

ARTIGO 11. PROTEÇÃO DA HONRA E DA DIGNIDADE

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

ARTIGO 12. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE RELIGIÃO

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

- a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

ARTIGO 14. DIREITO DE RETIFICAÇÃO OU RESPOSTA

1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.

2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.

3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.

ARTIGO 15. DIREITO DE REUNIÃO

É reconhecido o direito de reunião pacífica e sem armas. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

ARTIGO 16. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.

2. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

3. O disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.

ARTIGO 17. PROTEÇÃO DA FAMÍLIA

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.

3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.

4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.

5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.

ARTIGO 18. DIREITO AO NOME

Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.

ARTIGO 19. DIREITOS DA CRIANÇA

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

ARTIGO 20. DIREITO À NACIONALIDADE

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.
3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la.

ARTIGO 21. DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

ARTIGO 22. DIREITO DE CIRCULAÇÃO E DE RESIDÊNCIA

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais.
2. Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio.

3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.

5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional, nem ser privado do direito de nele entrar.

6. O estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte nesta Convenção só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei.

7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.

8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

ARTIGO 23. DIREITOS POLÍTICOS

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

- a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
- b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e
- c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

ARTIGO 24. IGUALDADE PERANTE A LEI

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

ARTIGO 25. PROTEÇÃO JUDICIAL

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos

que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

- a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

CAPÍTULO III

DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

ARTIGO 26. DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

CAPÍTULO IV

SUSPENSÃO DE GARANTIAS, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

ARTIGO 27. SUSPENSÃO DE GARANTIAS

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

3. Todo Estado Parte que fizer uso do direito de suspensão deverá informar imediatamente os outros Estados Partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, das disposições cuja aplicação haja suspenso, dos motivos determinantes da suspensão e da data em que haja dado por terminada tal suspensão.

ARTIGO 28. CLÁUSULA FEDERAL

1. Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

3. Quando dois ou mais Estados Partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado assim organizado as normas da presente Convenção.

ARTIGO 29. NORMAS DE INTERPRETAÇÃO

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

ARTIGO 30. ALCANCE DAS RESTRIÇÕES

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

ARTIGO 31. RECONHECIMENTO DE OUTROS DIREITOS

Poderão ser incluídos no regime de proteção desta Convenção outros direitos e liberdades que forem reconhecidos de acordo com os processos estabelecidos nos artigos 76 e 77.

CAPÍTULO V DEVERES DAS PESSOAS

ARTIGO 32. CORRELAÇÃO ENTRE DEVERES E DIREITOS

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.
2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.

PARTE II MEIOS DA PROTEÇÃO

CAPÍTULO VI ÓRGÃOS COMPETENTES

ARTIGO 33

São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção:

- a. a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e
- b. a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

CAPÍTULO VII COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

SEÇÃO 1 – ORGANIZAÇÃO

ARTIGO 34

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos compor-se-á de sete membros, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos.

ARTIGO 35

A Comissão representa todos os membros da Organização dos Estados Americanos.

ARTIGO 36

1. Os membros da Comissão serão eleitos a título pessoal, pela Assembléia Geral da Organização, de uma lista de candidatos propostos pelos governos dos Estados membros.

2. Cada um dos referidos governos pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado membro da Organização dos Estados Americanos. Quando for proposta uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente.

ARTIGO 37

1. Os membros da Comissão serão eleitos por quatro anos e só poderão ser reeleitos uma vez, porém o mandato de três dos membros designados na primeira eleição expirará ao cabo de dois anos. Logo depois da referida eleição, serão determinados por sorteio, na Assembléia Geral, os nomes desses três membros.

2. Não pode fazer parte da Comissão mais de um nacional de um mesmo Estado.

ARTIGO 38

As vagas que ocorrerem na Comissão, que não se devam à expiração normal do mandato, serão preenchidas pelo Conselho Permanente da Organização, de acordo com o que dispuser o Estatuto da Comissão.

ARTIGO 39

A Comissão elaborará seu estatuto e submetê-lo-á à aprovação da Assembléia Geral e expedirá seu próprio regulamento.

ARTIGO 40

Os serviços de secretaria da Comissão devem ser desempenhados pela unidade funcional especializada que faz parte da Secretaria-Geral da Organização e devem dispor dos recursos necessários para cumprir as tarefas que lhe forem confiadas pela Comissão.

SEÇÃO 2 – FUNÇÕES

ARTIGO 41

A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

- a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;

- c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d. solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e. atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;
- f. atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e
- g. apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

ARTIGO 42

Os Estados Partes devem remeter à Comissão cópia dos relatórios e estudos que, em seus respectivos campos, submetem anualmente às Comissões Executivas do Conselho Interamericano Econômico e Social e do Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura, a fim de que aquela vele por que se promovam os direitos decorrentes das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

ARTIGO 43

Os Estados Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção.

SEÇÃO 3 – COMPETÊNCIA

ARTIGO 44

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.

ARTIGO 45

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue haver outro Estado Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção.

2. As comunicações feitas em virtude deste artigo só podem ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado Parte que haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado Parte que não haja feito tal declaração.

3. As declarações sobre reconhecimento de competência podem ser feitas para que esta vigore por tempo indefinido, por período determinado ou para casos específicos.

4. As declarações serão depositadas na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, a qual encaminhará cópia das mesmas aos Estados membros da referida Organização.

ARTIGO 46

1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

- a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;
- b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
- c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e
- d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

- a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

ARTIGO 47

A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 quando:

- a. não preencher algum dos requisitos estabelecidos no artigo 46;
- b. não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção;
- c. pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, for manifestamente infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total improcedência; ou
- d. for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional.

SEÇÃO 4 – PROCESSO

ARTIGO 48

1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira:

- a. se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação, solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. As referidas informações devem ser enviadas dentro de um prazo razoável, fixado pela Comissão ao considerar as circunstâncias de cada caso;
- b. recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado sem que sejam elas recebidas, verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação. No caso de não existirem ou não subsistirem, mandará arquivar o expediente;
- c. poderá também declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da petição ou comunicação, com base em informação ou prova supervenientes;
- d. se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhes proporcionarão todas as facilidades necessárias;
- e. poderá pedir aos Estados interessados qualquer informação pertinente e receberá, se isso lhe for solicitado, as exposições verbais ou escritas que apresentarem os interessados; e
- f. pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos humanos reconhecidos nesta Convenção.

2. Entretanto, em casos graves e urgentes, pode ser realizada uma investigação, mediante prévio consentimento do Estado em cujo território se alegue haver sido cometida a violação, tão somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade.

ARTIGO 49

Se se houver chegado a uma solução amistosa de acordo com as disposições do inciso 1, f, do artigo 48, a Comissão redigirá um relatório que será encaminhado ao peticionário e aos Estados Partes nesta Convenção e, posteriormente, transmitido, para sua publicação, ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos. O referido relatório conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada. Se qualquer das partes no caso o solicitar, ser-lhe-á proporcionada a mais ampla informação possível.

ARTIGO 50

1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, e, do artigo 48.

2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo.

3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas.

ARTIGO 51

1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.

2. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada.

3. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não medidas adequadas e se publica ou não seu relatório.

CAPÍTULO VIII

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

SEÇÃO 1 – ORGANIZAÇÃO

ARTIGO 52

1. A Corte compor-se-á de sete juízes, nacionais dos Estados membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos.

2. Não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade.

ARTIGO 53

1. Os juízes da Corte serão eleitos, em votação secreta e pelo voto da maioria absoluta dos Estados Partes na Convenção, na Assembléia Geral da Organização, de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados.

2. Cada um dos Estados Partes pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado membro da Organização dos Estados Americanos. Quando se propuser uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente.

ARTIGO 54

1. Os juízes da Corte serão eleitos por um período de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez. O mandato de três dos juízes designados na primeira eleição expirará ao cabo de três anos. Imediatamente depois da referida eleição, determinar-se-ão por sorteio, na Assembléia Geral, os nomes desses três juízes.

2. O juiz eleito para substituir outro cujo mandato não haja expirado, completará o período deste.

3. Os juízes permanecerão em funções até o término dos seus mandatos. Entretanto, continuarão funcionando nos casos de que já houverem tomado conhecimento e que se encontrem em fase de sentença e, para tais efeitos, não serão substituídos pelos novos juízes eleitos.

ARTIGO 55

1. O juiz que for nacional de algum dos Estados Partes no caso submetido à Corte, conservará o seu direito de conhecer do mesmo.

2. Se um dos juízes chamados a conhecer do caso for de nacionalidade de um dos Estados Partes, outro Estado Parte no caso poderá designar uma pessoa de sua escolha para fazer parte da Corte na qualidade de juiz ad hoc.

3. Se, dentre os juízes chamados a conhecer do caso, nenhum for da nacionalidade dos Estados Partes, cada um destes poderá designar um juiz ad hoc.

4. O juiz ad hoc deve reunir os requisitos indicados no artigo 52.

5. Se vários Estados Partes na Convenção tiverem o mesmo interesse no caso, serão considerados como uma só Parte, para os fins das disposições anteriores. Em caso de dúvida, a Corte decidirá.

ARTIGO 56

O quorum para as deliberações da Corte é constituído por cinco juízes.

ARTIGO 57

A Comissão comparecerá em todos os casos perante a Corte.

ARTIGO 58

1. A Corte terá sua sede no lugar que for determinado, na Assembléia Geral da Organização, pelos Estados Partes na Convenção, mas poderá realizar reuniões no território de qualquer Estado membro da Organização dos Estados Americanos em que o considerar conveniente pela maioria dos seus membros e mediante prévia aquiescência do Estado respectivo. Os Estados Partes na Convenção podem, na Assembléia Geral, por dois terços dos seus votos, mudar a sede da Corte.

2. A Corte designará seu Secretário.

3. O Secretário residirá na sede da Corte e deverá assistir às reuniões que ela realizar fora da mesma.

ARTIGO 59

A Secretaria da Corte será por esta estabelecida e funcionará sob a direção do Secretário da Corte, de acordo com as normas administrativas da Secretaria-Geral da Organização em tudo o que não for incompatível com a independência da Corte. Seus funcionários serão nomeados pelo Secretário-Geral da Organização, em consulta com o Secretário da Corte.

ARTIGO 60

A Corte elaborará seu estatuto e submetê-lo-á à aprovação da Assembléia Geral e expedirá seu regimento.

SEÇÃO 2 – COMPETÊNCIA E FUNÇÕES**ARTIGO 61**

1. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte.

2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50.

ARTIGO 62

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

ARTIGO 63

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

ARTIGO 64

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

ARTIGO 65

A Corte submeterá à consideração da Assembléia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.

SEÇÃO 3 – PROCEDIMENTO

ARTIGO 66

1. A sentença da Corte deve ser fundamentada.

2. Se a sentença não expressar no todo ou em parte a opinião unânime dos juízes, qualquer deles terá direito a que se agregue à sentença o seu voto dissidente ou individual.

ARTIGO 67

A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

ARTIGO 68

1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

ARTIGO 69

A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados Partes na Convenção.

CAPÍTULO IV DISPOSIÇÕES COMUNS

ARTIGO 70

1. Os juízes da Corte e os membros da Comissão gozam, desde o momento de sua eleição e enquanto durar o seu mandato, das imunidades reconhecidas aos agentes diplomáticos pelo Direito Internacional. Durante o exercício dos seus cargos gozam, além disso, dos privilégios diplomáticos necessários para o desempenho de suas funções.

2. Não se poderá exigir responsabilidade em tempo algum dos juízes da Corte, nem dos membros da Comissão, por votos e opiniões emitidos no exercício de suas funções.

ARTIGO 71

Os cargos de juiz da Corte ou de membro da Comissão são incompatíveis com outras atividades que possam afetar sua independência ou imparcialidade conforme o que for determinado nos respectivos estatutos.

ARTIGO 72

Os juízes da Corte e os membros da Comissão perceberão honorários e despesas de viagem na forma e nas condições que determinarem os seus estatutos, levando em conta a importância e independência de suas funções. Tais honorários e despesas de

viagem serão fixados no orçamento-programa da Organização dos Estados Americanos, no qual devem ser incluídas, além disso, as despesas da Corte e da sua Secretaria. Para tais efeitos, a Corte elaborará o seu próprio projeto de orçamento e submetê-lo-á à aprovação da Assembléia Geral, por intermédio da Secretaria-Geral. Esta última não poderá nele introduzir modificações.

ARTIGO 73

Somente por solicitação da Comissão ou da Corte, conforme o caso, cabe à Assembléia Geral da Organização resolver sobre as sanções aplicáveis aos membros da Comissão ou aos juízes da Corte que incorrerem nos casos previstos nos respectivos estatutos. Para expedir uma resolução, será necessária maioria de dois terços dos votos dos Estados Membros da Organização, no caso dos membros da Comissão; e, além disso, de dois terços dos votos dos Estados Partes na Convenção, se se tratar dos juízes da Corte.

PARTE III DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

CAPÍTULO X ASSINATURA, RATIFICAÇÃO, RESERVA, EMENDA, PROTOCOLO E DENÚNCIA

ARTIGO 74

1. Esta Convenção fica aberta à assinatura e à ratificação ou adesão de todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos.

2. A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou de adesão na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou de adesão.

3. O Secretário-Geral informará todos os Estados membros da Organização sobre a entrada em vigor da Convenção.

ARTIGO 75

Esta Convenção só pode ser objeto de reservas em conformidade com as disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de maio de 1969.

ARTIGO 76

1. Qualquer Estado Parte, diretamente, e a Comissão ou a Corte, por intermédio do Secretário-Geral, podem submeter à Assembléia Geral, para o que julgarem conveniente, proposta de emenda a esta Convenção.

2. As emendas entrarão em vigor para os Estados que ratificarem as mesmas na data em que houver sido depositado o respectivo instrumento de ratificação que corresponda ao número de dois terços dos Estados Partes nesta Convenção. Quanto aos outros Estados Partes, entrarão em vigor na data em que depositarem eles os seus respectivos instrumentos de ratificação.

ARTIGO 77

1. De acordo com a faculdade estabelecida no artigo 31, qualquer Estado Parte e a Comissão podem submeter à consideração dos Estados Partes reunidos por ocasião da Assembléia Geral, projetos de protocolos adicionais a esta Convenção, com a finalidade de incluir progressivamente no regime de proteção da mesma outros direitos e liberdades.

2. Cada protocolo deve estabelecer as modalidades de sua entrada em vigor e será aplicado somente entre os Estados Partes no mesmo.

ARTIGO 78

1. Os Estados Partes poderão denunciar esta Convenção depois de expirado um prazo de cinco anos, a partir da data da entrada em vigor da mesma e mediante aviso prévio de um ano, notificando o Secretário-Geral da Organização, o qual deve informar as outras Partes.

2. Tal denúncia não terá o efeito de desligar o Estado Parte interessado das obrigações contidas nesta Convenção, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito.

CAPÍTULO XI DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

SEÇÃO 1 – COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

ARTIGO 79

Ao entrar em vigor esta Convenção, o Secretário-Geral pedirá por escrito a cada Estado membro da Organização que apresente, dentro de um prazo de noventa dias, seus candidatos a membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O Secretário-Geral preparará uma lista por ordem alfabética dos candidatos apresentados e a encaminhará aos Estados membros da Organização pelo menos trinta dias antes da Assembléia Geral seguinte.

ARTIGO 80

A eleição dos membros da Comissão far-se-á dentre os candidatos que figurem na lista a que se refere o artigo 79, por votação secreta da Assembléia Geral, e serão declarados eleitos os candidatos que obtiverem maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados membros. Se, para eleger todos os membros da Comissão, for necessário realizar várias votações, serão eliminados sucessivamente, na forma que for determinada pela Assembléia Geral, os candidatos que receberem menor número de votos.

SEÇÃO 2 – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

ARTIGO 81

Ao entrar em vigor esta Convenção, o Secretário-Geral solicitará por escrito a cada Estado Parte que apresente, dentro de um prazo de noventa dias, seus candidatos a juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Secretário-Geral preparará uma lista por ordem alfabética dos candidatos apresentados e a encaminhará aos Estados Partes pelo menos trinta dias antes da Assembléia Geral seguinte.

ARTIGO 82

A eleição dos juízes da Corte far-se-á dentre os candidatos que figurem na lista a que se refere o artigo 81, por votação secreta dos Estados Partes, na Assembléia Geral, e serão declarados eleitos os candidatos que obtiverem maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados Partes. Se, para eleger todos os juízes da Corte, for necessário realizar várias votações, serão eliminados sucessivamente, na forma que for determinada pelos Estados Partes, os candidatos que receberem menor número de votos.

1.

A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O IMPACTO TRANSFORMADOR DO SISTEMA INTERAMERICANO

Flavia Piovesan

RESUMO: Ambiciona este artigo enfocar o impacto do sistema interamericano de direitos humanos na composição de um constitucionalismo regional transformador, com vistas ao fortalecimento do Estado de Direito, da democracia e dos direitos humanos na região. À luz dos desafios estruturais do contexto latino-americano, é desenvolvida análise da jurisprudência interamericana, a partir de uma tipologia de casos emblemáticos julgados pela Corte Interamericana. Por fim, pretende-se avaliar o impacto do sistema interamericano na pavimentação de um constitucionalismo regional transformador em matéria de direitos humanos, com ênfase em seus limites e potencialidades.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Convenção Americana de Direitos Humanos. Sistema Interamericano. Constitucionalismo regional transformador.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Desafios do Contexto latino-americano: violência, desigualdade e centralismo do poder político; 3. Impacto transformador do Sistema Interamericano no contexto latino-americano; 4. O empoderamento do Sistema interamericano mediante a efetividade do diálogo jurisdicional e crescente legitimação social; 5. O Sistema Interamericano e a composição de um constitucionalismo regional transformador: potencialidades e desafios.

1. INTRODUÇÃO

Objetiva este artigo enfocar o impacto do sistema interamericano de direitos humanos na composição de um constitucionalismo regional transformador, com destaque às transformações fomentadas no contexto latino-americano, com vistas ao fortalecimento do Estado de Direito, da democracia e dos direitos humanos na região.

Considerando o desafiador contexto latino-americano, sob as marcas da acentuada desigualdade, violência sistêmica e centralismo do poder político, será estudado inicialmente o impacto transformador do sistema interamericano na região, a partir de uma tipologia de casos emblemáticos da jurisprudência da Corte Interamericana.

À esta análise soma-se o exame do crescente empoderamento do sistema interamericano e sua força catalizadora na região, fruto da efetividade do diálogo jurisdicional em um sistema multinível. É sob esta perspectiva multinível que emergem duas vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender o diálogo com os sistemas nacionais (a abranger o controle da convencionalidade) e o diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social).

Por fim, pretende-se avaliar o impacto do sistema interamericano na pavimentação de um constitucionalismo regional transformador em matéria de direitos humanos, com ênfase em seus riscos, potencialidades e desafios.

2. DESAFIOS DO CONTEXTO LATINO-AMERICANO: VIOLÊNCIA, DESIGUALDADE E CENTRALISMO DO PODER POLÍTICO

A América Latina ostenta o maior grau de desigualdade do mundo. A pobreza na região diminuiu do patamar de 48,3% a 33,2%, no período de 1990 e 2008. Todavia, cinco dos dez países mais desiguais do mundo estão na América Latina, dentre eles o Brasil¹. Na América Latina, 40,5% das crianças e adolescentes são pobres. Sob o prisma étnico-racial, de acordo com o International Development Bank, a população afro-descendente corresponde a aproximadamente 25% da população latino-americana. No que se refere à população indígena, estima-se corresponder a 8% da população latino-americana². Indicadores sociais demonstram o sistemático padrão de discriminação, exclusão e violência a acometer as populações afro-descendentes e indígenas na região, sendo que mulheres e crianças são alvo de formas múltiplas de discriminação (*overlapping discrimination*). Conclui-se, assim, que, em média, 33% da população latino-americana enfrenta um grave padrão de violação a direitos.³

Povos indígenas e afro-descendentes estão desproporcionalmente representados entre a população em situação de pobreza e miséria⁴, sendo que as mulheres sofrem ainda maior grau de vulnerabilidade, por meio da etnização e da feminização da pobreza.

Não bastando o acentuado grau de desigualdade, a região ainda se destaca por ser a mais violenta do mundo. Concentra 27% dos homicídios, tendo apenas 9% da população mundial. Dez dos vinte países com maiores taxas de homicídio do mundo são latino-americanos⁵. Estudos apontam que um a cada sete homicídios cometidos no mundo tem como vítimas jovens do sexo masculino de 15 a 29 anos que viviam nas Américas.⁶

1 Marta Lagos e Lucia Dammert, *La Seguridad Ciudadana: El problema principal de América Latina*, Latinobarómetro, 9 de maio de 2012, p.3. Consultar também ECLAC, *Inclusive social development: the next generation of policies for overcoming poverty and reducing inequality in Latin America and the Caribbean*, Santiago, 2015; ECLAC, *Compacts for Equality: Towards a sustainable future*, Santiago, 2014.

2 “Most sources agree that there are 40 to 50 million indigenous people in Latin America and the Caribbean (accounting for approximately 8 percent to 10 percent of the region’s population) with higher than average rates of population growth. In countries such as Bolivia, Guatemala and Peru, indigenous people account for at least half of the total population.” Inter-American Development Bank (IADB), *Sustaining Development for all: Expanding Access to Economic Activity and Social Services*, 2006, p.89.

3 Ver Flávia Piovesan, Daniela Ikawa and Akemi Kamimura, *Review of Legislative Measures at Regional and National Level for Prevention and Protection against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance (2000-2007)*, UN High Commissioner for Human Rights, Geneva, 2007.

4 Inter-American Development Bank (IDB), *Honoring the Past, Building the Future: Fifty Years of Development in Latin America and the Caribbean*, Washington, D.C.: IDB, 2009, p.84. See also: Inter-American Development Bank (IDB), *Outsiders? The Changing Patterns of Exclusion in Latin America and the Caribbean*. Washington, D.C.: IDB, 2007.

5 Marta Lagos e Lucia Dammert, *La Seguridad Ciudadana: El problema principal de América Latina*, Latinobarómetro, 9 de maio de 2012, p.3.

6 UNODC *Global Study on Homicide 2013: trends, contexts, data*, United Nation, 2014, p.13-14.

Na pesquisa Latinobarometro 2018 sobre o apoio à democracia na América Latina⁷, apenas 48% dos entrevistados considerarem a democracia preferível a qualquer outra forma de governo. De acordo com outra pesquisa⁸, 31% consideram que pode haver democracia sem partidos políticos e 27% consideram que a democracia pode funcionar sem Congresso Nacional. Conforme aponta o Pew Research Center, alternativas não democráticas são apoiadas por 23% no Brasil; 27% no México; e 18% na Argentina⁹.

A região latino-americana tem sido caracterizada por elevado grau de exclusão e violência ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região sofre com um centralismo autoritário de poder, o que vem a gerar o fenômeno do “hiperpresidencialismo” ou formas de “democracia delegativa”. A democratização fortaleceu a proteção de direitos, sem, contudo, efetivar reformas institucionais profundas necessárias à consolidação do Estado Democrático de Direito. 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 Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.

É neste contexto político, social e cultural, por compartilhar de problemas, desafios, dilemas e tensões similares, que se justifica a defesa de um constitucionalismo regional transformador, impulsionado por parâmetros interamericanos decorrentes da força catalizadora da jurisprudência da Corte Interamericana na região.

3. IMPACTO TRANSFORMADOR DO SISTEMA INTERAMERICANO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

A criação de um constitucionalismo regional transformador em matéria de direitos humanos decorre da combinação de 3 (três) importantes fatores ao longo do processo de democratização na região:

1. o crescente empoderamento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e seu impacto transformador na região;
2. a emergência de Constituições latino-americanas que, na qualidade de marcos jurídicos de transições democráticas e da institucionalização de direitos, apresentam cláusulas de abertura constitucional, a propiciar maior diálogo e interação entre o Direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos;
3. o fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos e por justiça

É neste cenário que o sistema interamericano gradativamente se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos. Com a atuação da so-

7 Informe Latinobarómetro 2018, Santiago de Chile.

8 Latinobarómetro, Informe 2013, Santiago de Chile.

9 Pew Research Center, “Globally, Broad Support for Representative and Direct Democracies – but many also endorse nondemocratic alternatives”, October/2017.

cidade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o sistema interamericano tem tido a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos.

Permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

Dois períodos demarcam 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.

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras. Dos 11 Estados-partes da Convenção à época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região tem governos eleitos democraticamente¹⁰. Diversamente do sistema regional europeu que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos, o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. Diversamente do sistema europeu, que surge como fruto do processo de integração européia e tem servido como relevante instrumento para fortalecer este processo de integração, no caso interamericano havia tão somente um movimento ainda embrionário de integração regional.

Considerando a atuação da Corte Interamericana, é possível criar uma tipologia de casos baseada em decisões concernentes a 6 (seis) diferentes categorias de violação a direitos humanos:

1) VIOLAÇÕES QUE REFLETEM O LEGADO DO REGIME AUTORITÁRIO DITATORIAL

Esta categoria compreende a maioria significativa das decisões da Corte Interamericana, que tem por objetivo prevenir arbitrariedades e controlar o excessivo uso da força, impondo limites ao poder punitivo do Estado. A título de exemplo, destaca-se o *leading case* – *Velasquez Rodriguez c. Honduras* concernente a desaparecimento forçado.

10 Como observa Thomas Buergenthal: “O fato de hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região, com exceção de Cuba, terem governos eleitos democraticamente tem produzido significativos avanços na situação dos direitos humanos nesses Estados. Estes Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte”. (Prefácio de Thomas Buergenthal, Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. XV). Em 2017, 22 Estados haviam reconhecido a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm> (acesso em 06/01/12).

Em 1989 a Corte condenou o Estado de Honduras a pagar uma compensação aos familiares da vítima, bem como ao dever de prevenir, investigar, processar, punir e reparar as violações cometidas¹¹.

Adicionem-se ainda decisões da Corte que condenaram Estados em face de precárias e cruéis condições de detenção e da violação à integridade física, psíquica e moral de pessoas detidas; ou em face da prática de execução sumária e extrajudicial; ou tortura. Estas decisões enfatizaram o dever do Estado de investigar, processar e punir os responsáveis pelas violações, bem como de efetuar o pagamento de indenizações.

No plano consultivo, merecem menção as opiniões a respeito da impossibilidade de adoção da pena de morte pelo Estado da Guatemala¹² e da impossibilidade de suspensão da garantia judicial de habeas corpus inclusive em situações de emergência, de acordo com o artigo 27 da Convenção Americana¹³.

2) VIOLAÇÕES QUE REFLETEM QUESTÕES DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO (TRANSITIONAL JUSTICE)

Nesta categoria de casos estão as decisões relativas ao combate à impunidade, às leis de anistia e ao direito à verdade.

No caso *Barrios Altos* (massacre que envolveu a execução de 15 pessoas por agentes policiais), em virtude da promulgação e aplicação de leis de anistia (uma que concede anistia geral aos militares, policiais e civis, e outra que dispõe sobre a interpretação e alcance da anistia), o Peru foi condenado a reabrir investigações judiciais sobre os fatos em questão, relativos ao “massacre de Barrios Altos”, de forma a derrogar ou a tornar sem efeito as leis de anistia mencionadas. O Peru foi condenado, ainda, à reparação integral e adequada dos danos materiais e morais sofridos pelos familiares das vítimas¹⁴. Esta decisão apresentou um elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade, pelo qual os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados das violações, realçando o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar violações aos direitos humanos. Concluiu a Corte que as leis de “auto-anistia” perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à Convenção Americana. As leis de anistiam configurariam, assim, um ilícito internacional e sua revogação uma forma de reparação não pecuniária.

11 *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Mérito, Sentença de 29 de julho de 1988, Série C No. 4.

12 *Restrições à pena de morte* (arts. 4(2) e 4(4) da Convenção Americana dos Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-3/83, de 8 de setembro de 1983.

13 *O habeas corpus sob suspensão de garantias* (artigos 27.2, 25.1 e 7.6 da Convenção Americana dos Direitos Humanos), Opinião consultiva OC-8/87, de 30 de janeiro de 1987, Série A, No. 8.

14 *Chumbipuma Aguirre e outros (Barrios Altos) c. Peru*, Mérito, Sentença de 14 março 2001, Série C No. 75.

No mesmo sentido, destaca-se o caso *Almonacid Arellano e outros c. Chile*¹⁵ cujo objeto era a validade do decreto-lei 2191/78 – que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978 durante o regime Pinochet – à luz das obrigações decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos. Decidiu a Corte pela invalidade do mencionado decreto lei de “auto-anistia”, por implicar a denegação de justiça às vítimas, bem como por afrontar os deveres do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos que constituem crimes de lesa humanidade.

Cite-se, ainda, o caso argentino, em que decisão da Corte Suprema de Justiça de 2005 anulou as leis de ponto final (Lei 23.492/86) e obediência devida (Lei 23.521/87), adotando como precedente o caso *Barrios Altos*.

Em 2010, no caso *Gomes Lund e outros c. Brasil*, a Corte Interamericana condenou o Brasil em virtude do desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 70¹⁶. A Corte realçou que as disposições da lei de anistia de 1979 são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos, nem para a identificação e punição dos responsáveis. Enfatizou que leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos são incompatíveis com o Direito Internacional e as obrigações jurídicas internacionais contraídas pelos Estados. Concluiu, uma vez mais, que as leis de anistia violam o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos.

Na mesma direção, em 2011, no caso *Gelman c. Uruguai*¹⁷, a Corte Interamericana decidiu que a “Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva” carecia de efeitos jurídicos por sua incompatibilidade com a Convenção Americana e com a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, não podendo impedir ou obstar a investigação dos fatos, a identificação e eventual sanção dos responsáveis por graves violações a direitos humanos.

3) VIOLAÇÕES QUE REFLETEM DESAFIOS ACERCA DO FORTALECIMENTO DE INSTITUIÇÕES E DA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO (RULE OF LAW)

Esta terceira categoria de casos remete ao desafio do fortalecimento de instituições e da consolidação do *rule of law*, particularmente no que se refere ao acesso à

15 *Almonacid Arellano e outros c. Chile*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 setembro de 2006, Série C No. 154.

16 *Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2010, Serie C No. 219. O caso foi submetido à Corte pela Comissão Interamericana, ao reconhecer que o caso “representava uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre leis de anistia em relação aos desaparecimentos forçados e às execuções extrajudiciais, com a consequente obrigação dos Estados de assegurar o conhecimento da verdade, bem como de investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos”.

17 *Gelman c. Uruguai*, Mérito e Reparações, Sentença de 24 fevereiro 2011, Series C No. 222.

justiça, proteção judicial e fortalecimento e independência do Poder Judiciário.

Destaca-se o caso do *Tribunal Constitucional c. Peru* (2001)¹⁸, envolvendo a destituição de juízes, em que a Corte reconheceu necessário garantir a independência de qualquer juiz em um Estado de Direito, especialmente em Cortes constitucionais, o que demanda: a) um adequado processo de nomeação; b) um mandato com prazo certo; e c) garantias contra pressões externas.

Adicionem-se outros relevantes casos concernentes à destituição arbitrária de juízes e independência judicial, como o caso *Chocrón-Chocrón c. Venezuela* (2011); *Corte Suprema de Justiça c. Equador* (2013); e *Tribunal Constitucional c. Equador* (2013). No caso *Chocrón-Chocrón c. Venezuela*¹⁹, a Corte considerou que o Estado havia violado a Convenção Americana (especialmente os artigos 8º e 25), ordenando que reintegrasse a vítima em um cargo similar ao que exercia. No caso *Corte Suprema de Justiça c. Equador*²⁰ houve a destituição arbitrária de 27 juízes da Corte Suprema de Justiça, mediante uma resolução do Parlamento. A Corte determinou o pagamento de indenização às vítimas, considerando não ser viável na hipótese a sua reintegração. No mesmo sentido, o caso *Tribunal Constitucional c. Equador*²¹ compreendeu a destituição arbitrária de 8 membros da Corte Constitucional, mediante decisão do Congresso Nacional. A Corte entendeu estar caracterizada a ofensa à independência judicial, destacando parâmetros acerca da independência judicial, bem como aspectos institucionais relativos à independência judicial, separação dos poderes e democracia. Tal jurisprudência contribuiu decisivamente para o fortalecimento de instituições nacionais e para a consolidação do Estado de Direito.

4) VIOLAÇÕES DE DIREITOS DE GRUPOS VULNERÁVEIS

Esta quarta categoria de casos atém-se a decisões que afirmam a proteção de direitos de grupos socialmente vulneráveis, como os povos indígenas, as crianças, os migrantes, mulheres, pessoas privadas de liberdade, dentre outros.

Quanto aos direitos dos povos indígenas, destaca-se o relevante caso da *Comunidade indígena Mayagna Awas Tingni c. Nicarágua* (2001)²², em que a Corte reconheceu o direito dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra, como uma tradição comunitária, e como um direito fundamental e básico à sua cultura, à sua vida espiritual, à

18 *Aguirre Roca e Outros c. Peru (Caso da Corte Constitucional)*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de janeiro de 2001, Série C No. 71.

19 *Chócron Chócron c. Venezuela*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de julho de 2011, Série C No. 227.

20 *Corte Suprema de Justiça (Quintana Coello e outros) c. Equador*, Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de agosto de 2013, Série C No. 266.

21 *Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) c. Equador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2013, Série C No. 268.

22 *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicarágua*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2001, Série C No. 79.

sua integridade e à sua sobrevivência econômica. Acrescentou que para os povos indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

Em outro caso – caso da *Comunidade indígena Yakye Axa c. Paraguai* (2005)²³ –, a Corte sustentou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Adicionou que para os povos indígenas a saúde apresenta uma dimensão coletiva, sendo que a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações.

No caso da *Comunidade indígena Xákmok Kásek c. Paraguai*²⁴, a Corte Interamericana condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial (artigos 4º, 21 e 25 da Convenção Americana, respectivamente), dentre outros direitos, em face da não garantia do direito de propriedade ancestral à aludida comunidade indígena, o que estaria a afetar seu direito à identidade cultural. Ao motivar a sentença, destacou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de posse não se aplicam às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra, eis que a relação de pertença não se centra no indivíduo, senão no grupo e na comunidade. Acrescentou que o direito à propriedade coletiva estaria ainda a merecer igual proteção pelo artigo 21 da Convenção (concernente ao direito à propriedade privada). Afirmou o dever do Estado em assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais e suas especiais vulnerabilidades, considerando o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna, contemplando o acesso à água potável, alimentação, saúde, educação, dentre outros. Na mesma direção, destaca-se o caso *Povo Indígena Xucuru e seus membros c. Brasil*²⁵, em que a Corte determinou ao Estado assegurar, de maneira efetiva e imediata, o direito de propriedade coletiva, de modo que não sofram qualquer invasão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes de Estado.

No caso dos direitos das crianças, cabe menção ao caso *Villagran Morales c. Guatemala* (1999)²⁶, em que este Estado foi condenado pela Corte, em virtude da im-

23 *Comunidade Indígena Yakye Axa c. Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 173 de junho de 2005, Série C No. 125.

24 *Comunidade Indígena Xákmok Kásek c. Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de agosto de 2010, Série C No. 214. Note-se que, no sistema africano, merece menção um caso emblemático que, ineditamente, em nome do direito ao desenvolvimento, assegurou a proteção de povos indígenas às suas terras. Em 2010, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos considerou que o modo pelo qual a comunidade Endorois no Quênia foi privada de suas terras tradicionais, tendo negado acesso a recursos, constitui uma violação a direitos humanos, especialmente ao direito ao desenvolvimento.

25 *Povo Indígena Xucuru e seus membros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de fevereiro de 2018, Série C No. 346.

26 “Meninos de Rua” (*Villagran Morales e outros*) c. *Guatemala*, Mérito, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C No. 63.

punidade relativa à morte de 5 meninos de rua, brutalmente torturados e assassinados por 2 policiais nacionais da Guatemala. Dentre as medidas de reparação ordenadas pela Corte estão: o pagamento de indenização pecuniária aos familiares das vítimas; a reforma no ordenamento jurídico interno visando à maior proteção dos direitos das crianças e adolescentes guatemaltecos; e a construção de uma escola em memória das vítimas.

Adicione-se, ainda, as opiniões consultivas sobre a condição jurídica e os direitos humanos das crianças (OC-17/2002, emitida em agosto de 2002, por solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e sobre a condição jurídica e os direitos de migrantes sem documentos (OC-18/03, emitida em setembro de 2003, por solicitação do México).

Mencione-se, também, o parecer emitido, por solicitação do México (OC-16/99, de 1 de outubro de 1999), em que a Corte considerou violado o direito ao devido processo legal, quando um Estado não notifica um preso estrangeiro de seu direito à assistência consular. Na hipótese, se o preso foi condenado à pena de morte, isso constituiria privação arbitrária do direito à vida. Note-se que o México embasou seu pedido de consulta nos vários casos de presos mexicanos condenados à pena de morte nos Estados Unidos.

Com relação aos direitos das mulheres, destacam-se relevantes decisões do sistema interamericano sobre discriminação e violência contra mulheres, o que fomentou a reforma do Código Civil da Guatemala, a adoção de uma lei de violência doméstica no Chile e no Brasil, dentre outros avanços²⁷. No caso *González e outras c. México* (“*Campo Algodoeiro*”), a Corte Interamericana condenou o México em virtude do desaparecimento e morte de mulheres em Ciudad Juarez, sob o argumento de que a omissão estatal estava a contribuir para a cultura da violência e da discriminação contra a mulher. No período de 1993 a 2003, estima-se que de 260 a 370 mulheres tenham sido vítimas de assassinatos, em Ciudad Juarez. A sentença da Corte condenou o Estado do México ao dever de investigar, sob a perspectiva de gênero, as graves violações ocorridas, garantindo direitos e adotando medidas preventivas necessárias de forma a combater a discriminação contra a mulher²⁸.

Ineditamente, em 24 de fevereiro de 2012, a Corte Interamericana reconheceu a responsabilidade internacional do Estado do Chile em face do tratamento discriminatório e interferência indevida na vida privada e familiar da vítima Karen Atala devido à sua orientação sexual²⁹. O caso foi objeto de intenso litígio judicial no Chile, que culminou com a decisão da Corte Suprema de Justiça em determinar a custódia das três

27 A respeito, ver caso *María Eugenia c. Guatemala* e caso *Maria da Penha c. Brasil* decididos pela Comissão Interamericana.

28 *González e outras* (“*Campo Algodoeiro*”) *c. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 novembro 2009, Série C No 205.

29 *Atala Riffo e Crianças c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de fevereiro de 2012, Série C No. 239.

filhas ao pai, sob o argumento de que a Sra. Atala não deveria manter a custódia por conviver com pessoa do mesmo sexo, após o divórcio. No entender unânime da Corte Interamericana, o Chile violou os artigos 1º, parágrafo 1º e 14 da Convenção Americana, por afrontar o princípio da igualdade e da proibição da discriminação.

Em 24 de novembro de 2017, a Corte Interamericana proferiu a Opinião Consultiva OC-24/17, concernente ao matrimônio igualitário e à identidade de gênero. Com fundamento no direito à autonomia e à auto-determinação, sustentou a Corte que os direitos à intimidade e à privacidade são insuscetíveis de ingerência estatal, resguardando a vivência interna de cada indivíduo, o que e como cada pessoa sente, como se vê e como se projeta na sociedade. Afirmou que o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é fundamental para garantir o direito das pessoas trans, incluindo o direito à proteção contra todas as formas de violência, tortura, maus tratos, bem como a garantia dos direitos à saúde, educação, trabalho, moradia, dentre outros. Adicionou que a orientação sexual, a identidade de gênero e a expressão de gênero são categorias protegidas pela cláusula da igualdade e proibição da discriminação, tendo os Estados o dever de respeitar e assegurar o livre exercício dos direitos e liberdades fundamentais, incluindo o direito ao nome (sem qualquer espécie de restrição e de interferência) e ao matrimônio igualitário. Para a Corte, a igualdade é inseparável da dignidade humana³⁰.

5) VIOLAÇÕES A DIREITOS SOCIAIS

Nesta quinta categoria de casos emergem decisões da Corte que protegem direitos sociais. Importa reiterar que a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece direitos civis e políticos, contemplando apenas a aplicação progressiva dos direitos sociais (artigo 26). Já o Protocolo de San Salvador, ao dispor sobre direitos econômicos, sociais e culturais, prevê que somente os direitos à educação e à liberdade sindical seriam tuteláveis pelo sistema de petições individuais (artigo 19, parágrafo 6º).

À luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva, compreendendo a Convenção Americana como um *living instrument*, no já citado caso *Villagran Morales c. Guatemala*³¹, a Corte afirmou que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente. Introduziu a visão de que o direito à vida compreende não apenas uma dimensão negativa – o direito a não ser privado da vida arbitrariamente –, mas uma dimensão positiva, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna – o “direito a criar e desenvolver um projeto de vida”. Esta interpretação lançou um importante horizonte para proteção dos direitos sociais.

30 *Obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo (Interpretação e alcance dos artigos 1.º, n.º 1, 3.º, 7.º, 11.º, n.º 2, 13.º, 17.º, 18.º e 24.º, em relação ao artigo 1.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*, Opinião Consultiva OC-24/17, 24 de novembro de 2017, Série A No. 24.

31 “*Meninos de Rua*” (*Villagran Morales e outros*) c. Guatemala, Mérito, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C No. 63.

Em outros julgados, a Corte tem endossado o dever jurídico dos Estados de conferir aplicação progressiva aos direitos sociais, com fundamento no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente em se tratando de grupos socialmente vulneráveis. No caso *Crianças Yean e Bosico c. República Dominicana*, a Corte enfatizou o dever dos Estados no tocante à aplicação progressiva dos direitos sociais, a fim de assegurar o direito à educação, com destaque à especial vulnerabilidade de meninas. Sustentou que: “en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.”³²

Há, ademais, um conjunto de decisões que consagram a proteção indireta de direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis, o que confirma a idéia da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos.

No caso *Albán Cornejo e outros c. Equador*³³, referente à suposta negligência médica em hospital particular – uma mulher deu entrada no hospital com quadro de meningite bacteriana e foi medicada, vindo a falecer no dia seguinte, provavelmente em decorrência do medicamento prescrito –, a Corte decidiu o caso com fundamento na proteção ao direito à integridade pessoal e não no direito à saúde. No mesmo sentido, no caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala*³⁴, concernente a danos à saúde decorrentes de condições de detenção, uma vez mais a proteção ao direito à saúde deu-se sob o argumento da proteção do direito à integridade física.

Outros casos de proteção indireta de direitos sociais atêm-se à proteção ao direito ao trabalho, tendo como fundamento o direito ao devido processo legal e a proteção judicial. A respeito, destaca-se o caso *Baena Ricardo e outros c. Panamá*³⁵, envolvendo a demissão arbitrária de 270 funcionários públicos que participaram de manifestação (greve). A Corte condenou o Estado do Panamá pela violação da garantia do devido processo legal e proteção judicial, determinando o pagamento de indenização e a reintegração dos 270 trabalhadores. No caso *Trabalhadores Dispensados do Congresso (Aguado Alfaro e outros) c. Peru*³⁶, envolvendo a despedida arbitrária de 257 trabalhadores, a Corte condenou o Estado do Peru também pela afronta ao devido processo legal e proteção judicial. Em ambos os casos, a condenação dos Estados teve como argumento central a violação à garantia do devido processo legal e não a violação ao direito do trabalho.

Um outro caso emblemático é o caso *Cinco aposentados c. Peru*³⁷, envolvendo a modificação do regime de pensão no Peru, em que a Corte condenou o Estado com

32 *Crianças Yean e Bosico c. República Dominicana*, Sentença de 8 de setembro de 2005, Série C No. 130.

33 *Albán Cornejo e outros c. Equador*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 de novembro de 2007, Série C No. 171.

34 *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de novembro de 2003, Série C No. 101.

35 *Baena Ricardo e outros c. Panamá*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 2 de fevereiro de 2001, Série C No. 72.

36 *Trabalhadores Dispensados do Congresso (Aguado Alfaro e outros) c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2006, Série C No. 174.

37 *Cinco aposentados c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 fevereiro 2003, Série C no. 98.

fundamento na violação ao direito de propriedade privada e não com fundamento na afronta ao direito de seguridade social, em face dos danos sofridos pelos 5 pensionistas.

No caso *Acevedo Buendia c. Peru*³⁸, a Corte reconheceu que os direitos humanos devem ser interpretados sob a perspectiva de sua integralidade e interdependência, a conjugar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, inexistindo hierarquia entre eles e sendo todos direitos exigíveis. Realçou ser a aplicação progressiva dos direitos sociais suscetível de controle e fiscalização pelas instâncias competentes, destacando o dever dos Estados de não-regressividade em matéria de direitos sociais.

Por fim, emerge uma tendência jurisprudencial voltada à justiciabilidade direta dos direitos sociais. Neste sentido, destaca-se o caso *Suárez Peralta c. Equador*³⁹, envolvendo, dentre outros, a violação ao direito à saúde (decorrente na hipótese de uma prática médica que resultou graves danos à saúde da vítima), em que, com base em voto concorrente do Juiz Eduardo Mac-Gregor Poisot, sustentou-se a interpretação do artigo 26 da Convenção Americana à luz dos artigos 1º e 2º da Convenção, relativamente aos deveres gerais dos Estados em matéria de respeito e garantia de direitos, com fundamento na indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos. Uma vez mais, reiterou-se inexistir hierarquia entre os direitos humanos, sendo todos igualmente justiciáveis. Também houve alusão às regras de interpretação enunciadas no artigo 29 da Convenção, acerca do princípio *pro persona*, com ênfase na interpretação dinâmica e evolutiva do artigo 26 da Convenção. Na mesma direção, merece menção o caso *Gonzales Lluy e outros c. Equador*, decidido em 2015⁴⁰, bem como o caso *Lagos del Campo*⁴¹ e o caso *Trabalhadores Demitidos de Pretroperu e outros*, ambos contra o Estado do Peru, decididos em 2017⁴², em que, ineditamente, a Corte considerou restar caracterizada uma violação autônoma do artigo 26 da Convenção Americana. Destacam-se, ainda, o caso *Poblete Vilches e outros c. Chile* de 2018⁴³, tendo como foco a proteção do direito à saúde de pessoa idosa, bem como o caso *Cuscul Pivaral e outros c. Guatemala* também decidido pela Corte em 2018, a respeito das obrigações do Estado em matéria do direito à saúde, como direito autônomo e justiciável.

38 *Acevedo Buendia e Outros* (“*Demitidos e aposentados da controladoria*”) *c. Peru*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de julho de 2009, Série C No. 198.

39 *Suárez Peralta c. Equador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 21 de maio de 2013, Série C No. 261.

40 *Gonzales Lluy e outros c. Equador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de setembro de 2015, Série C No. 298.

41 *Lagos del Campo c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 340.

42 *Trabalhadores Demitidos de Pretroperu e outros c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de novembro de 2017, Série C No. 344.

43 *Poblete Vilches e outros c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 8 de março de 2018, Série C No. 349.

6) VIOLAÇÕES A NOVOS DIREITOS DA AGENDA CONTEMPORÂNEA

Finalmente, esta sexta categoria de casos compreende novos direitos da agenda contemporânea, com especial destaque aos direitos reprodutivos.

Em sentença proferida em 28 de novembro de 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Artavia Murillo e outros c. Costa Rica*⁴⁴, enfrentou, de forma inédita, a temática da fecundação “in vitro” sob a ótica dos direitos humanos. O caso foi submetido pela Comissão Interamericana, sob o argumento de que a proibição geral e absoluta de praticar a “fecundação in vitro” na Costa Rica desde 2000 estaria a implicar violação a direitos humanos. Com efeito, por decisão da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça de 15 de março de 2000, a prática da fertilização in vitro atentaria claramente contra a vida e a dignidade do ser humano. Todavia, no entender da Comissão, tal proibição estaria a constituir uma ingerência arbitrária com relação aos direitos à vida privada e familiar, bem como ao direito de formar uma família. A proibição estaria ainda a afetar o direito de igualdade das vítimas, eis que o Estado estaria a impedir o acesso a tratamento que permitiria superar uma situação de desvantagem relativamente a ter filhas e filhos biológicos, com impacto desproporcional nas mulheres. O argumento da Comissão é de que a proibição da fertilização in vitro afrontaria os direitos à vida privada e familiar; à integridade pessoal; à saúde sexual e reprodutiva; bem como o direito de gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico e o princípio da não discriminação.

A partir de uma interpretação sistemática e histórica, com destaque à normatividade e à jurisprudência dos sistemas universal, europeu e africano, concluiu a Corte Interamericana não ser possível sustentar que o embrião possa ser considerado pessoa. Recorrendo a uma interpretação evolutiva, a Corte observou que o procedimento da fertilização in vitro não existia quando a Convenção foi elaborada, conferindo especial relevância ao Direito Comparado, por meio do diálogo com a experiência jurídica latino-americana e de outros países, como os EUA e a Alemanha, a respeito da matéria. Concluiu que ter filhos biológicos, por meio de técnica de reprodução assistida, decorre dos direitos à integridade pessoal, liberdade e vida privada e familiar. Argumentou que o direito absoluto à vida do embrião – como base para restringir direitos – não encontra respaldo na Convenção Americana. Condenou, assim, a Costa Rica por violação aos artigos 5º, parágrafo 1º, 7º, 11, parágrafo 2º e 17, parágrafo 2º da Convenção Americana, determinando ao Estado adotar com a maior celeridade possível medidas apropriadas para que fique sem efeito a proibição de praticar a fertilização “in vitro”, assegurando às pessoas a possibilidade de valer-se deste procedimento sem impedimentos. Deter-

44 *Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257.

minou também ao Estado a implementação da fertilização “in vitro”, tornando disponíveis os programas e os tratamentos de infertilidade, com base no princípio da não discriminação. Adicionou o dever do Estado de proporcionar às vítimas atendimento psicológico de forma imediata, fomentando, ademais, programas e cursos de educação e capacitação em direitos humanos, no campo dos direitos reprodutivos, sobretudo aos funcionários judiciais.

Ainda no campo dos direitos reprodutivos, em 29 de maio de 2013, ineditamente, a Corte concedeu medidas provisórias em face de El Salvador⁴⁵, em conformidade com os artigos 63.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e 27 do Regulamento da Corte, em caso envolvendo interrupção de gravidez em virtude de anencefalia fetal. Na hipótese, a Senhora “B”⁴⁶ encontrava-se na 26ª de gravidez de um feto anencefálico, portador de anomalia incompatível com a vida extra-uterina. A Senhora “B” apresentava enfermidade materna grave com risco de morte materna.

A Corte determinou ao Estado de El Salvador a concessão de medidas necessárias para proteger a vida, a integridade pessoal e a saúde da Senhora “B”, considerando o urgente e iminente risco de dano irreparável. Endossou a necessidade do Estado de El Salvador de adotar e garantir, com urgência, todas as medidas que sejam necessárias e efetivas para que a equipe médica responsável pela Senhora “B” possa adotar, sem qualquer interferência, as medidas médicas para assegurar a devida proteção aos direitos consagrados nos artigos 4º e 5º da Convenção Americana, evitando, assim, danos que possam ser irreparáveis aos direitos à vida, à integridade pessoal e à saúde da Senhora “B”.

4. O EMPODERAMENTO DO SISTEMA INTERAMERICANO MEDIANTE A EFETIVIDADE DO DIÁLOGO JURISDICIONAL E CRESCENTE LEGITIMAÇÃO SOCIAL

O sistema interamericano é capaz de revelar as peculiaridades e especificidades das lutas emancipatórias por direitos e por justiça na região latino-americana. O sistema apresenta uma particular institucionalidade marcada pelo protagonismo de diversos atores, em um palco em que interagem Estados, vítimas, organizações da sociedade civil nacionais e internacionais, a Comissão e a Corte Interamericana no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

Neste contexto, o sistema interamericano gradativamente se empodera, mediante diálogos a permitir o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível. É sob esta perspectiva multinível que emergem duas vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender o diálogo com os sistemas nacionais (a abranger o controle da conven-

45 Medidas provisórias em face do Estado de El Salvador, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 29 de maio de 2013.

46 Por solicitação da Comissão Interamericana, em respeito à identidade e à privacidade da vítima, a mesma é identificada como Senhora “B”.

cionalidade) e o diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social).

A respeito do diálogo com os sistemas nacionais consolida-se o chamado “controle de convencionalidade”. Tal controle é reflexo de um novo paradigma a nortear a cultura jurídica latino-americana na atualidade: da hermética pirâmide centrada no *State approach* à permeabilidade do trapézio centrado no *human rights approach*. Isto é, aos parâmetros constitucionais somam-se os parâmetros convencionais, na composição de um trapézio jurídico aberto ao diálogo, aos empréstimos e à interdisciplinariedade, a resignificar o fenômeno jurídico sob a inspiração do *human rights approach*.

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. Hoje constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA. De um lado, despontam Constituições latino-americanas com cláusulas constitucionais abertas, com destaque à hierarquia especial dos tratados de direitos humanos, à sua incorporação automática e às regras interpretativas alicerçadas no princípio *pro persona*.

Com efeito, as Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional. A título exemplificativo, a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, dispõe, no artigo 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. A Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º, parágrafo 2º, consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime a ela aplicável e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, permitindo, assim, a expansão do bloco de constitucionalidade. A antiga Constituição do Peru de 1979, no mesmo sentido, determinava, no artigo 105, que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria Constituição. Já a atual Constituição do Peru de 1993 consagra que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. Decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de

proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos. A Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, confere, no artigo 93, hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, determinando que estes prevalecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Também a Constituição do Chile de 1980, em decorrência da reforma constitucional de 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados por aquele país. Acrescente-se a Constituição da Bolívia de 2009, ao estabelecer que os direitos e deveres reconhecidos constitucionalmente serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pela Bolívia, que prevalecerão em relação à própria Constituição se enunciarem direitos mais favoráveis (artigos 13, IV e 256). Na mesma direção, destaca-se a Constituição do Equador de 2008, ao consagrar que a Constituição e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado que reconheçam direitos mais favoráveis aos previstos pela Constituição têm prevalência em relação a qualquer outra norma jurídica ou ato do Poder Público (artigo 424), adicionando que serão aplicados os princípios pro ser humano, de não restrição de direitos, de aplicabilidade direta e de cláusula constitucional aberta (artigo 416). A Constituição do México, com a reforma de junho de 2011, passou a contemplar a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos e a regra interpretativa fundada no princípio *pro persona*.

Por outro lado, o sistema interamericano revela permeabilidade e abertura ao diálogo mediante as regras interpretativas do artigo 29 da Convenção Americana, em especial as que asseguram o princípio da prevalência da norma mais benéfica, mais favorável e mais protetiva à vítima. Ressalte-se que os tratados de direitos humanos fixam parâmetros protetivos mínimos, constituindo um piso mínimo de proteção e não um teto protetivo máximo. Daí a hermenêutica dos tratados de direitos humanos endossar o princípio pro ser humano. Às regras interpretativas consagradas no artigo 29 da Convenção Americana, somem-se os tratados de direitos humanos do sistema global – que, por sua vez, também enunciam o princípio *pro persona* fundado na prevalência da norma mais benéfica, como ilustram o artigo 23 da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, o artigo 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança, o artigo 16, parágrafo 2º da Convenção contra a Tortura e o artigo 4º, parágrafo 4º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Claúsulas de abertura constitucional e o princípio pro ser humano inspirador dos tratados de direitos humanos compõem os dois vértices -- nacional e internacional -- a fomentar o diálogo em matéria de direitos humanos. No sistema interamericano este diálogo é caracterizado pelo fenômeno do “controle da convencionalidade”, na sua forma difusa e concentrada.

Como enfatiza a Corte Interamericana:

*“Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. (...) o poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle da convencionalidade das leis, entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”.*⁴⁷

Como sustenta Eduardo Ferrer Mac-Gregor⁴⁸, o juiz nacional agora é também juiz interamericano, tendo como mandato exercer o controle de convencionalidade na modalidade difusa. Cortes nacionais exercem o controle da convencionalidade na esfera doméstica, mediante a incorporação da normatividade, principiologia e jurisprudência protetiva internacional em matéria de direitos humanos no contexto latino-americano. Frise-se: quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa fé.

A Corte Interamericana exerce o controle da convencionalidade na modalidade concentrada, tendo a última palavra sobre a interpretação da Convenção Americana. Na realização do controle de convencionalidade, a Corte Interamericana guia-se pelo princípio *pro persona*, conferindo prevalência à norma mais benéfica, destacando, em diversas sentenças, decisões judiciais proferidas pelas Cortes constitucionais latino-americanas, bem como menção a dispositivos das Constituições latino-americanas, como podem revelar os casos *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador* (sentença proferida em 27 de junho de 2012), *Atala Riffo e filhas c. Chile* (sentença proferida em 24 de fevereiro de 2012) e *Gelman vs. Uruguai* (sentença proferida em 24 de fevereiro de 2012)⁴⁹.

Por fim, adicione-se o profícuo diálogo do sistema interamericano com a sociedade civil, o que lhe confere gradativa legitimação social e crescente empoderamento. O sistema enfrenta o paradoxo de sua origem – nasceu em um ambiente marcado pelo

47 *Almonacid Arellano e outros c. Chile*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 setembro de 2006, Série C No. 154.

48 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El Nuevo paradigma para el juez mexicano”, in Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi, *Estudios Avanzados de Derechos Humanos – Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*, São Paulo, ed. Campus Elsevier, 2013, pp. 627-705.

49 A título ilustrativo, cabe menção à sentença proferida pela Corte Interamericana no caso *Povo Indígena Kichwa Sarayaku c. Equador*, Mérito e Reparações, Sentença de 27 de junho de 2012, Série C No. 245, em que a Corte incorpora precedentes judiciais em matéria indígena da Corte Constitucional Colombiana (sentencia C-169/01), no que se refere ao direito à consulta prévia dos povos indígenas, bem como ao pluralismo. Empresta ainda destaque às Constituições da Argentina, da Bolívia, do Brasil, do Peru e do Chile. Outro exemplo atém-se à sentença do caso *Atala Riffo e filhas c. Chile*, de 24 de fevereiro de 2012, em que a Corte Interamericana faz alusão à jurisprudência da Suprema Corte de Justicia de la Nación do México, na AI 2/2010, concernente à proibição da discriminação por orientação sexual. No caso *Gelman c. Uruguai*, por sua vez, a Corte destaca a jurisprudência da Venezuela, do México, do Chile, da Argentina e da Bolívia reconhecendo a natureza pluriofensiva e permanente do delito de desaparecimento forçado, bem como a jurisprudência latino-americana invalidando leis de anistia.

arbítrio de regimes autoritários com a expectativa estatal de seu reduzido impacto – e passa a ganhar credibilidade, confiabilidade e elevado impacto. A força motriz do sistema interamericano tem sido a sociedade civil organizada por meio de um transnational network, a empreender exitosos litígios estratégicos.

Na experiência brasileira, por exemplo, 100% dos casos submetidos à Comissão Interamericana foram fruto de uma articulação a reunir vítimas e organizações não governamentais locais e internacionais⁵⁰, com intenso protagonismo na seleção de um caso paradigmático, na litigância do mesmo (aliando estratégias jurídicas e políticas) e na implementação doméstica de eventuais ganhos internacionais.

Na percepção de Kathryn Sikkink:

“O trabalho das ONGs tornam as práticas repressivas dos Estados mais visíveis e públicas, exigindo deles, que se manteriam calados, uma resposta. Ao enfrentar pressões crescentes, os Estados repressivos buscam apresentar justificativas. (...) Quando um Estado reconhece a legitimidade das intervenções internacionais na questão dos direitos humanos e, em resposta a pressões internacionais, altera sua prática com relação à matéria, fica reconstituída a relação entre Estado, cidadãos e atores internacionais”.⁵¹ Adiciona a autora: “pressões e políticas transnacionais no campo dos direitos humanos, incluindo network de ONGs, têm exercido uma significativa diferença no sentido de permitir avanços nas práticas dos direitos humanos em diversos países do mundo. Sem os regimes internacionais de proteção dos direitos humanos e suas normas, bem como sem a atuação das networks transnacionais que operam para efetivar tais normas, transformações na esfera dos direitos humanos não teriam ocorrido”⁵².

O sucesso do sistema interamericano reflete o intenso comprometimento das ONGs (envolvendo movimentos sociais e estratégias de mídia), a boa resposta do sistema e a implementação de suas decisões pelo Estado, propiciando transformações e avanços no regime interno de proteção dos direitos humanos.

Transita-se, por fim, ao enfoque do sistema interamericano na pavimentação de um constitucionalismo regional transformador, com ênfase em suas potencialidades e desafios.

5. O SISTEMA INTERAMERICANO E A COMPOSIÇÃO DE UM CONSTITUCIONALISMO REGIONAL TRANSFORMADOR: POTENCIALIDADES E DESAFIOS

A partir da análise do impacto da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na região latino-americana, sob a perspectiva de um sistema multinível

50 Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 17ª ed. revista e atualizada, ed. Saraiva, São Paulo, 2017, pp. 463-472.

51 Ver Kathryn Sikkink, “Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America”, in *International Organizations*, Massachusetts, IO Foundation and the Massachusetts Institute of Technology, 1993, pp. 414-415.

52 Kathryn Sikkink e Thomas Risse, Conclusions, In: Thomas Risse, Stephen C. Ropp e Kathryn Sikkink, *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p.275

e dialógico a envolver as esferas regional e local, tendo ainda como força impulsionadora o ativismo transnacional da sociedade civil, vislumbra-se a pavimentação de um constitucionalismo regional transformador em direitos humanos.

É à luz desta dinâmica que emergem três desafios centrais à pavimentação deste constitucionalismo latino-americano em direitos humanos:

- i. **Fomentar uma cultura jurídica inspirada em novos paradigmas jurídicos e na emergência de um novo Direito Público: estatalidade aberta, diálogo jurisdicional e prevalência da dignidade humana em um sistema multinível**⁵³

A existência de cláusulas constitucionais abertas a propiciar o diálogo entre as ordens jurídicas local, regional e global, por si só, não assegura a efetividade do diálogo jurisdicional em direitos humanos. Se, de um lado, constata-se o maior refinamento das cláusulas de abertura constitucional – a contemplar a hierarquia, a incorporação e as regras interpretativas de instrumentos internacionais de direitos humanos – por outro lado, esta tendência latino-americana não é suficiente para o êxito do diálogo jurisdicional em matéria de direitos humanos. Isto porque interpretações jurídicas reducionistas e restritivas das ordens constitucionais podem comprometer o avanço e a potencialidade de cláusulas abertas. Daí a necessidade de fomentar uma doutrina e uma jurisprudência emancipatórias no campo dos direitos humanos inspiradas na prevalência da dignidade humana⁵⁴ e na emergência de um novo Direito Público marcado pela estatalidade aberta em um sistema jurídico multinível. A formação de uma nova cultura jurídica, baseada em uma nova racionalidade e ideologia, surge como medida imperativa à afirmação de um constitucionalismo regional transformador.

- ii. **Fortalecer o sistema interamericano de proteção de direitos humanos: universalidade, institucionalidade, independência, sustentabilidade e efetividade**

Outro importante desafio à consolidação de um constitucionalismo regional transformador atém-se ao aprimoramento do sistema interamericano.

Com relação à universalidade do sistema interamericano há se expandir o universo de Estados-partes da Convenção Americana (que contava com 24 Estados-partes em 2017) e sobretudo do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (que contava apenas com 16 Estados-partes em 2017). Outra medida essencial é ampliar o grau de reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a contar com o aceite de 21 Estados, em 2017. Observa-se que a OEA compreende 35 Estados membros.

53 Ver Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coord.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos -- democracia e integração jurídica: emergência de um novo Direito Público*, São Paulo, Campus Elsevier, 2013.

54 Para Habermas, o princípio da dignidade humana é a fonte moral da qual os direitos fundamentais extraem seu conteúdo. Adiciona Habermas: “The appeal to human rights feeds off the outrage of the humiliated at the violation of their human dignity (...) The origin of human rights has always been resistance to despotism, oppression and humiliation (...)”. (Jurgen Habermas, *The Crisis of the European Union: A Response*, Cambridge, Polity Press, 2012, p.75).

Outra relevante medida é assegurar a elevada independência e autonomia dos membros integrantes da Comissão e da Corte Interamericana, que devem atuar a título pessoal e não governamental. Faz-se necessário densificar a participação da sociedade civil no monitoramento do processo de indicação de tais membros, doando-lhe maior publicidade, transparência e *accountability*.

Também fundamental é fortalecer a efetividade do sistema interamericano, seja no que se refere à supervisão das decisões da Corte e da Comissão⁵⁵. Diversamente do sistema europeu, no sistema interamericano são seus próprios órgãos que realizam o *follow up* das decisões que eles próprios proferem. Isto porque a Convenção Americana não estabelece mecanismo específico para supervisionar o cumprimento das decisões da Comissão ou da Corte, embora a Assembléia Geral da OEA tenha o mandato genérico a este respeito, nos termos do artigo 65 da Convenção Americana⁵⁶. Na avaliação de Antônio Augusto Cançado Trindade:

“(...) a Corte Interamericana tem atualmente uma especial preocupação quanto ao cumprimento de suas sentenças. Os Estados, em geral, cumprem as reparações que se referem a indenizações de caráter pecuniário, mas o mesmo não ocorre necessariamente com as reparações de caráter não pecuniário, em especial as que se referem às investigações efetivas dos fatos que originaram tais violações, bem como à identificação e sanção dos responsáveis, – imprescindíveis para por fim à impunidade (e suas consequências negativas para o tecido social como um todo). (...) Atualmente, dada a carência institucional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos nesta área específica, a Corte Interamericana vem exercendo *motu proprio* a supervisão da execução de suas sentenças, dedicando-lhe um ou dois dias de cada período de sessões. Mas a supervisão – como exercício de garantia coletiva – da fiel execução das sentenças e decisões da Corte é uma tarefa que recai sobre o conjunto dos Estados-partes da Convenção⁵⁷.”

Ademais, as decisões internacionais em matéria de direitos humanos devem produzir eficácia jurídica direta, imediata e obrigatória no âmbito do ordenamento jurídico interno, cabendo aos Estados sua fiel execução e cumprimento, em conformidade com o princípio da boa fé, que orienta a ordem internacional. Para Antonio Augusto Can-

55 No sistema europeu, a título exemplificativo, o Comitê de Ministros (órgão político) tem a função de supervisionar a execução das decisões da Corte Européia, atuando coletivamente em nome do Conselho da Europa. Para uma análise comparativa dos sistemas regionais, ver Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, São Paulo, 6ª edição revista, ampliada e atualizada, ed. Saraiva, 2017.

56 De acordo com o artigo 65 da Convenção: “A Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da OEA, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças”.

57 Antônio Augusto Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles, *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, 2ª ed. atualizada e ampliada, San José/Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos e ACNUR, 2004, p.434. Propõe o autor: “Para assegurar o monitoramento contínuo do fiel cumprimento de todas as obrigações convencionais de proteção, em particular das decisões da Corte, deve ser acrescentado ao final do artigo 65 da Convenção Americana, a seguinte frase: “A Assembléia Geral os remeterá ao Conselho Permanente, para estudar a matéria e elaborar um informe, a fim de que a Assembléia Geral delibere a respeito.” Deste modo, se supre uma lacuna com relação a um mecanismo, a operar em base permanente (e não apenas uma vez por ano, ante a Assembléia Geral da OEA), para supervisionar a fiel execução, por todos os Estados-partes demandados, das sentenças da Corte”. (op. cit. pp.91-92).

çado Trindade: “*O futuro do sistema internacional de proteção dos direitos humanos está condicionado aos mecanismos nacionais de implementação.*”⁵⁸

Outra medida emergencial atém-se à sustentabilidade do sistema interamericano, mediante o funcionamento permanente da Comissão e da Corte, com recursos financeiros⁵⁹, técnicos e administrativos suficientes.

iii. Avançar na proteção dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região

Finalmente, considerando o contexto latino-americano marcado por acentuada desigualdade social e violência sistêmica, fundamental é avançar na afirmação dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região. Ao enfrentar os desafios de sociedades latino-americanas – em que direitos humanos tradicionalmente constituíam uma agenda contra o Estado – o sistema interamericano empodera-se e com sua força invasiva contribui para o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região.

O sistema interamericano rompe com o paradoxo de sua origem. Nascido em um contexto regional marcado por regimes ditatoriais – seguramente com a expectativa de reduzido impacto por parte dos então Estados autoritários – o sistema se consolida e se fortalece como ator regional democratizante, provocado por competentes estratégias de litigância da sociedade civil em um *transnational network* a lhe conferir elevada carga de legitimação social.

Como evidenciado por este artigo, o sistema interamericano permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

O seu impacto transformador na região – fruto sobretudo do papel vital da sociedade civil organizada em sua luta por justiça e por direitos – é fomentado pela efetividade do diálogo regional-local em um sistema multinível com abertura e permeabilidade mútuas. De um lado, o sistema interamericano se inspira no princípio pro ser humano, mediante regras convencionais interpretativas baseadas no princípio da norma mais protetiva e favorável à vítima, endossando contemplar parâmetros protetivos mínimos. Por outro lado, as Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas de abertura constitucional a propiciar o diálogo em matéria de direitos humanos, con-

58 Antônio Augusto Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles, *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, 2ª ed., revista e atualizada, San José/Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos e UNHCR, 2004, p.91.

59 A título ilustrativo, o orçamento da Corte Européia corresponde aproximadamente a 20% do orçamento do Conselho da Europa, envolvendo 41 milhões de euros, enquanto que o orçamento conjunto da Comissão e da Corte Interamericana corresponde aproximadamente a 5% do orçamento da OEA, envolvendo apenas 4 milhões de dólares norte-americanos. Observe-se, ainda, que os 5% de orçamento da OEA cobrem tão somente 55% das despesas da Comissão e 46% das despesas da Corte Interamericana.

cernentes à hierarquia, incorporação e impacto dos tratados de direitos humanos. No sistema interamericano este diálogo é ainda caracterizado pelo fenômeno do “controle da convencionalidade”, na sua forma difusa e concentrada. Consta-se também a crescente abertura da Corte Interamericana ao incorporar em suas decisões a normatividade e a jurisprudência latino-americana em direitos humanos, com alusão a dispositivos de Constituições latino-americanas e à jurisprudência das Cortes Constitucionais latino-americanas. O diálogo jurisdicional se desenvolve em dupla via: movido pelos vértices de cláusulas constitucionais abertas e do princípio pro ser humano.

É neste contexto que o sistema interamericano tem a potencialidade de exercer um extraordinário impacto na pavimentação de um constitucionalismo regional transformador, contribuindo para o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região mais desigual e violenta do mundo.

2.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A SOLIDEZ TEÓRICA CONCEITUAL INDETERMINADA E A COMPLEXIDADE DA EFETIVAÇÃO PRÁTICA INDIVIDUALIZADA

Maurício Zanotelli

RESUMO: A presente pesquisa trata de uma abordagem sobre a dignidade humana, em sua tensão conceitual teórica compreensiva e de sua efetividade prática. O problema investigativo enfrentado releva-se para além da pergunta o que é dignidade humana? –avanzando também na sua aplicação diante da complexidade de casos concretos. Assim, a identificação problemática forma-se entre o que é dignidade humana e como aplicá-la em contextos de paradoxos e complexidades oriundos da particularidade dos casos. Uma vez que, conceitualmente, a doutrina chega a consensos médios sobre dignidade da pessoa humana. Entrementes, a efetivação não encontra facilmente consensualidade mínima, ante a dificuldade em prestar sentido prático individualizado ao texto legal geral e abstrato. O método aplicado é a forma indutiva, ao partir de construções teóricas já consolidadas, elegendo hipóteses de possíveis soluções. Assim, a pesquisa estrutura-se em quatro capítulos, onde são analisados o conceito de dignidade da pessoa humana, a aplicação dele no caso concreto e, ainda, uma breve análise comparada entre estruturas compreensivas da dignidade humana no Brasil, Portugal, Espanha, França e Itália. Portanto, o conceito de dignidade da pessoa humana é pessoa (*homo noumenon*), moralidade (reino dos fins), autonomia (liberdade) e respeito (humanidade) – dependendo, sua aplicação, de uma fusão a partir dos limites do caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da pessoa humana. Conceito. Aplicação. Efetivação.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Dignidade da pessoa humana: à guisa de definição conceitual; 2. Núcleo conceitual da dignidade da pessoa humana: pessoa (*homo noumenon*), moral (reino dos fins), autonomia (liberdade) e respeito (humanidade); 3. Juízo da dignidade da pessoa humana global; 4 Breves aproximações de dignidade humana entre Brasil, Portugal, Espanha, França e Itália; 5. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A gênese da dignidade da pessoa humana esteve sempre, de uma forma ou outra, correlacionada com o desenrolar das angústias da sociedade, pelo definir de pessoa, pelo delinear de cidadão – ditos pela razão. Ela que foi Deus. Neste contexto, a Escritura Sagrada definiu pessoa como a criação de um ser à imagem e à semelhança de Deus. A partir daí, a doutrina social da Igreja começou desenvolver a unidade da Santíssima Trindade, principalmente por meio de Santo Agostinho – que engendrou também a conceituação de pessoa.

Na modernidade, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi quem inaugurou, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana na condição

de princípio pátrio do Estado Democrático de Direito (Brasil) – recepcionando ditames de documentos internacionais importantes, dentre eles, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. Nesta, em seu artigo 5º, nº 2º, além de outras referências, registra que “(...) Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”, e, em seu artigo 11º, da “Proteção da honra e da dignidade”, nº 1º, disciplina que “Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

Por outro lado, a sociedade, que se resta globalizada e em constante mutação, gera complexidades das mais extremas, que se fazem resultar em novos direitos que emergem em cada situação de conflito – e que, cada vez mais, clamam pelo Poder estatal, pelas suas soluções novas, a cada segundo. Chega-se a uma situação tal, que a sociedade não consegue viver mais sem o ordenamento jurídico. O Poder Judiciário tem a missão de responder aos questionamentos, enquanto com o mundo paira em crises. Realmente, um desafio aos juristas. Talvez seja por isso também que o Direito é complexo e está a exigir cada vez mais de seus intérpretes.

Assim sendo, restam a Convenção Americana, a Constituição Federal para serem efetivadas, isto é, levar-se a cabo os preceitos que dela emanam, como respostas à sociedade. Aliás, o que é dignidade humana? Como ela tem sido aplicada em casos jurídicos? Pode-se afirmar que ela está positivada, sim – mas seu conceito, não. Então, a tarefa resta-se a outras fontes do Direito, dizer a dignidade humana. Ademais, qual a atribuição de sentido da dignidade da pessoa humana nas especificidades do caso concreto? Como prestar efetivação a tudo isso?

Algumas respostas, talvez, equivocadamente, alcançam os mais diversos ambientes, como também fundamentam quase toda e qualquer petição, recurso, reclamação, artigo - principalmente, quando o jurista não encontra amparo argumentativo para sua propositura ou ele está frágil – então, utilizam-se, da dignidade da pessoa humana, como qualquer coisa de acordo com o que se precisa dizer ou fundamentar. Ou seja, não havendo fundamentação legal ou havendo a necessidade de complementá-la, a dignidade humana estrela como um discurso de eloquente interesse pessoal, coletivo, social ou político – com roupagens jurídicas, mas vazio de sentido prático. Serve como argumento para tudo e todos, o que pode significar um nada de sentido, ferindo a sua própria essência.

Para a consecução dos objetivos propostos por este projetar, ou seja, uma reconstrução da dignidade humana em resposta ao seu conceito e aplicação, a pesquisa contempla-se em quatro capítulos.

No pensamento do filósofo, erguem-se os esteios, as estruturas, os critérios que proclamam, na pesquisa, a dignidade da pessoa humana. Dito de outro modo, Immanuel Kant funda a dignidade sob quatro critérios: pessoa (*homo noumenon*), moralidade

(reino dos fins), autonomia (liberdade) e respeito (humanidade). Estes critérios formam uma base autêntica de sustentação conceitual para que, em um *a posteriori*, se possa dar significado à pessoa humana em sua condição suprema de dignidade, prestando aplicabilidade ao conceito ou uma definição prática, efetivada.

Ainda, para além do desafio em responder o que é dignidade da pessoa humana – apresenta-se o *juízo da dignidade da pessoa humana*, que são quatro perguntas, com a possibilidade da quinta – para que o intérprete dialogue com o caso concreto, entre as suas particularidades. Com o objetivo que a faticidade responda pela circularidade compreensiva do intérprete – para que, naquele caso particular, a dignidade da pessoa humana se traduza concretamente. Ademais, uma breve aproximação, em estudo comparado, da dignidade da pessoa humana no Brasil, Portugal, Espanha, França e Itália – fazem-se integrados.

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: À GUIA DE DEFINIÇÃO CONCEITUAL

A racionalidade do conhecimento, ao respeitar seu caráter *material*, considera qualquer objeto – já, ao contemplar-se pela sua *formalidade* ocupa-se com a forma do entendimento, trabalhando com a razão em si mesma, com as regras do pensar geral universal, sem preocupar-se com a distinção dos objetos. Assim, pela velha filosofia grega, ressaltou Kant, havia uma distinção de três ciências. Esta distinção foi feita e elevada pelo critério da natureza das coisas – sendo elas: a Física, a Ética e a Lógica (KANT, 1986, p. 13). A Lógica é a filosofia formal. Já a filosofia material, que se faz dupla ao ocupar-se dos objetos determinados, das leis da natureza e da liberdade intitula-se Ética. E a Física chama-se a ciência daquela (KANT, 1986, p. 13).

Tratando-se de Lógica não se pode ter envolvimento empírico (toda filosofia que se baseie em princípios da experiência), ou seja, trata-se de uma filosofia pura (doutrinas sustentadas por princípios articulados *a priori*) de caráter formal. Por sua vez, as doutrinas cujas ações são limitadas a determinados objetos do entendimento, constituem o que se chama de *Metafísica* (KANT, 1986, p. 14). Ao chamar a Física também como Teoria da Natureza e a Ética como Teoria dos Costumes é que Kant postulou a ideia de uma Metafísica da Natureza e uma Metafísica dos Costumes, considerando, para tal, a Física como empírica e racional e a Ética em parte empírica (poderia chamar de Antropologia) e, quando racional, chamada Moral (KANT, 1986, p. 14). Faz-se indispensável, neste rol, a Metafísica dos Costumes, também pelo ostento que produz de ordem especulativa ante a investigação da essência dos princípios práticos que impulsionam, *a priori*, a razão. Entretanto, a principal contribuição da Metafísica dos Costumes nasceu como fio condutor dos próprios costumes não jogados a qualquer sorte, pois esta reflexão suprema presta uma finalidade para um núcleo natural humano.

Sob tal ótica, o que se entende por vontade passa ser a esfera à compreensão de possível condicionalidade do conteúdo de nossa faculdade prática. Kant, ao tratar do conceito de boa vontade, que já reside no bom senso natural, salienta que merece mais ser esclarecido do que ensinado, “este conceito que está no cume da apreciação de todo o valor das nossas ações e que constitui a condição de todo o resto” (KANT, 1986, p. 26). A vontade está diretamente ligada ao entendimento de dever, que desenvolve, pelos seus próprios fundamentos, a argumentação de uma boa vontade, ao destacá-la e ao não a ocultar sob certas limitações e obstáculos subjetivos atinentes a qualquer intenção ulterior.

À evidência, a maioria dos homens conserva suas vidas em um vazio valorativo, intrinsecamente falando, por almejar seus objetivos, o que não se dá por dever, mas conforme ao dever – sob pena de suas máximas não terem nenhum conteúdo moral (que indica às ações a prática não por inclinação, mas por dever). Por conseguinte, este comportamento de valor moral, ou seja, uma ação praticada por dever, traz o seu conteúdo moral não em seus propósitos, mas em sua máxima, que a determina. Dessa forma, as concretizações dos reais objetivos da ação não estão em voga para a ênfase moral, por importar unicamente o “princípio do querer”, que embasa a ação praticada, desligada das faculdades do desejo. Logo, assevera Kant, “dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei” (KANT, 1986, p. 31). Por isso, a vontade está entre seu princípio *a priori* e seu móbil (KANT, 1986, p. 67)⁶⁰ *a posteriori*: sendo, neste aspecto, o princípio formal e o móbil material. Pensa-se, por exemplo, em uma ação determinada por qualquer coisa – ela está desprovida de seu aspecto material, por ser embasada por um querer em geral, sendo a ação praticada por dever – pelo princípio formal.

Tratando-se da representação de uma lei, em verdade, ela só se contempla no ser racional, existindo, assim, por si mesma e não pelo seu efeito esperado. Efeito que, ao determinar a vontade, pode exercer o que se chama de moral, “o qual se encontra já presente na própria pessoa que age segundo esta lei, mas se não deve esperar somente do efeito da ação” (KANT, 1986, p. 32). Neste propósito, pergunta-se se a tua máxima pode se transformar em uma lei de caráter universal? E, responde Kant (1986) que “se não podes, então debes rejeitá-la, e não por causa de qualquer prejuízo que dela pudesse resultar para ti ou para os outros, mas porque ela não pode caber como princípio numa possível legislação universal”. Aqui reside um importante fundamento de constituição kantiana que importará como fundante para a significação da dignidade da pessoa humana. Isto é, minha máxima pode se transformar em lei de caráter universal. Do contrário, devo rejeitá-la a este propósito.

60 Destaca Kant que o princípio subjetivo do desejar é o *móbil* (Triebfeder); que o princípio objetivo do querer é o *motivo* (Bewegungsgrund) – justificando-se, pois, a diferença entre fins subjetivos móveis e objetivos, que dependem de motivos. Ainda, o filósofo difere que os princípios práticos são formais, quando fazem abstração de todos os fins subjetivos, e são materiais, quando se baseiam nestes fins subjetivos e, portanto, em certos móveis. In: (KANT, 1986. p. 67).

Sendo assim, quando um exemplo é apresentado, ele precisa ser analisado, ao primeiro passo, pelos princípios da moralidade para que se consiga chegar ao resultado da operação e contrastar o produto com a insurgência de ser ou não possível sua caracterização como modelo (universal). Eis a razão pela qual deve a Metafísica dos Costumes manter-se em interlocução com os demais campos do conhecimento, “não é somente um substrato de todo conhecimento teórico dos deveres seguramente determinado, mas também um desiderato da mais alta importância para a verdadeira prática das suas prescrições” (KANT, 1986, p. 45).

Em resposta, quando questionado sobre qual seria a causa porque as doutrinas da virtude, com grandes convenientes da razão, teriam tão curto alcance prático, Kant (1986) salienta que os próprios mestres não clarificam os seus conceitos e que, na vontade de fazer bem demais, ao englobar toda a motivação para um bem moral, “estragam a mezinha por a quererem fazer especialmente enérgica”. Com efeito, a razão determina a vontade, que não é senão a razão prática – pois, uma vez tida como boa, ela é objetivamente necessária, mas também subjetiva pela faculdade de escolha que, por meio dela, se concretizou. Nesta concepção, a representação de um princípio objetivo chama-se *mandamento*, quando obriga a uma vontade – e a fórmula deste mandamento da razão é o *imperativo*.

Os imperativos abarcam a relação entre leis objetivas do querer em geral (razão) e a imperfeição subjetiva do ser racional (vontade), por meio de uma fórmula traduzida pelo dever: o *imperativo*. A determinação da vontade faz-se meio de representações da razão, por conseguinte, não por causas subjetivas, mas objetivamente, isto quer dizer por princípios que são válidos para todo o ser racional como tal (quando se tratar de uma conduta boa, que possa ser elevada ao universal) (KANT, 1986).

Essa relação de ordenação de um imperativo pode dar-se de duas formas: hipotética ou categoricamente.

Tratando-se do *imperativo hipotético*, requer-se uma necessidade prática de uma ação que seja possível como meio para alcançar o pretendido, ou qualquer outra coisa que se pretenda. Esta ação (escolha) é condição, é meio para outro objetivo, que não se configura como absoluta nos seus próprios fins. Já, *categoricamente*, o imperativo traduz-se por uma ação objetivamente necessária por si mesma, não tendo nenhum contato com qualquer outra finalidade que se possa pretender. O resultado que se chegará ou sobre o que a ação foi praticada pouco importam – uma vez que se está analisando a forma e o princípio da qual ela mesma se deriva, de maneira independente. Define Kant (1986) que o imperativo categórico “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”.

Demonstra Habermas (2006) que “o imperativo categórico exige que cada um renuncie à perspectiva da primeira pessoa em prol da perspectiva intersubjetivamente partilhada de um ‘nós’, a partir da qual seja possível, a todos em conjunto, encontrar

orientações axiológicas passíveis de serem generalizadas”. Com efeito, conclui o filósofo, “a ideia de que as normas válidas têm de conseguir obter um consenso geral manifesta-se na singular exportação a que respeitamos a ‘humanidade’ de cada pessoa, tratando-a sempre como fim em si mesma (...)”.

O critério para uma moralidade em geral é um “poder querer”, de modo que uma máxima da ação se transforme em lei universal – este é o cânone para o julgamento. Por esta razão, tudo o que é empírico torna-se prejudicial para a pureza dos costumes – já que estaria na influência de interesses contingentes, prestados pela experiência que não deixaria livre a ação consubstanciada pelo valor particular de uma vontade absolutamente boa (KANT, 1986, p. 67). Logo, “a vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis” (KANT, 1986). Destarte, aquilo que serve à vontade de princípio objetivo da sua autodeterminação é o *fim* (Zweck) – e, caso sua validade foi designada pela razão, ele há de se estender a todos os seres racionais, porque esta faculdade, que se está a tratar, só pode ser encontrada em seres racionais, justificando-se a abrangência do caráter de validade. Determina Kant (1986) que se chama *meio* ao contrário do estabelecido como *fim*, ou seja, quando a ação contém apenas o seu princípio da possibilidade motivadora do agir, cujo efeito é um *fim*.

Quando um ser racional propõe-se a querer determinados fins, de acordo com a sua convicção, como efeito da ação, em outras palavras, fins materiais, compõe-se, no seu conjunto, apenas relativo. A valoração deste querer reside na faculdade do desejar, que se traduz à particularidade de cada ser racional. E, na medida em que não se fomenta como possibilidade de elevá-la a princípio universal, que sejam válidos ou necessários para todo o querer (leis práticas), estes fins relativos acabam por identificarem-se e constituírem a base do imperativo hipotético.

Esta proposta de identificação assim como o desenvolver da filosofia kantiana justificam-se como fundamentais à pesquisa, tendo em vista que são embaixadoras da proclamação dos vértices que estabelecem sustentáculo a todo o aqui proposto, bem como, para que, tendo o pensador alemão como marco teórico, avance-se nas definições conceituais de dignidade humana. Desta forma, com as compreensões de moral, imperativo categórico, *fim* – já empossadas, passa-se ao núcleo conceitual kantiano. Depois, avança-se ao juízo da dignidade da pessoa humana, que são perguntas elaboradas a partir do imperativo categórico kantiano.

2. NÚCLEO CONCEITUAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: PESSOA (HOMO NOUMENON), MORAL (REINO DOS FINS), AUTONOMIA (LIBERDADE) E RESPEITO (HUMANIDADE)

A trilhar pelo caminho da definição de dignidade humana, Kant trabalha com um número plural de critérios para estruturar o seu plano, os quais foram identificados

por Zivia Klein, como sendo os sete conceitos definidores de dignidade, quais sejam: *etres raisonnables, homo noumenon, personnalité, fin em soi, moralité, autonomie e liberté*. (KLEIN, 1968. p. 52-53).⁶¹ Onde a própria autora admite a complexidade e reconhece uma possível redução deles – sem que se perca em atribuições. Dessa forma, a dignidade da pessoa humana tem sua estrutura conceitual, nesta pesquisa, formada pelos seguintes critérios: pessoa (*homo noumenon*), moral (reino dos fins), autonomia (liberdade) e respeito (humanidade) (JUNGES, 2007. p. 85).⁶² Ou seja, a dignidade humana começa a ganhar definição estrutural por meio de critérios filosóficos (Kantianos) que a motivam em seu desvelar, onde a legitimidade de dizer a dignidade humana é da filosofia (e não do Direito), onde a autonomia do Direito revela-se na sua aplicabilidade.

Então, o núcleo conceitual de dignidade humana faz-se pelos critérios: pessoa (*homo noumenon*), moral (reino dos fins), autonomia (liberdade) e respeito (humanidade) – que deve ser bem compreendido e aplicado, a fim de evitar a simplificação dela ou mesmo sua desvirtuada concretização.

Para isso, estabelece Kant (1986) que os seres, cuja existência dependa, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas valor relativo como meio e, por isso, chamam-se *coisas*. Os seres racionais, por sua vez, são chamados *pessoas*, porque a natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, em consequência, limita, nessa medida, todo o arbítrio. As pessoas são fins objetivos (fins em si) - não são fins subjetivos (meios), cuja existência dependa do efeito da nossa ação. Pelo contrário, as pessoas são valores absolutos que se fundam em suas próprias finalidades objetivas, incondicionais para tanto (sem preço). Ao definir o que seria uma *coisa*, Kant (2004) assegurava que “é algo que não é suscetível de qualquer imputação. Todo o objeto do livre arbítrio, carente de liberdade, diz-se, portanto, coisa (*res corporalis*)”. A conclusão do filósofo sobre a conceituação de *pessoa* fundou-se na afirmação de que o sujeito é caracterizado quando suas “ações são suscetíveis de uma imputação” (KANT, 1986). Por conseguinte, como ser racional que dispõe de liberdade e, através dela, se submete também às leis morais – motiva, logo, a personalização de crivo moral. Destarte:

61 Para a autora, o emaranhado de elementos torna particularmente mais difícil uma definidora análise da doutrina kantiana. E admite que reduzida a uma proposta, estes elementos podem ser formulados da seguinte forma: “homo noumenon = pessoa = fim em si mesmo, pela lei da autonomia = moralidade, possui dignidade” (p. 24). Klein ainda exerce uma espécie de crítica ao próprio Kant, ressaltando que há uma diferença entre o demonstrado e o defendido, pois, dentre outros motivos, o filósofo inclui a fé como sustentáculo da perfeição moral do homem, uma vez que a vida revela-se muito curta para este patamar de perfeição; dessa forma, o homem há de ter uma vida eterna para vangloriar este fim – critica Klein. Assim, prossegue a autora, o homem há de fazer um salto de fé, por não estar em um sistema da razão pura na admissão dos elementos (sete conceitos), como se deveria esperar; ademais, quatro desses conceitos, o ser racional, *homo noumenon*, fim em si mesmo e de autonomia, seus sentidos vêm de fora; ainda, dois conceitos, de personalidade e a liberdade são ideias conceituais que se inseriam em significado real diante da moralidade, o que seria uma contradição. In: (KLEIN, 1968. p. 52-53).

62 Anota-se que esta estrutura conceitual apresentada é inspirada na obra de Zivia Klein, *La botion de dignité dans la pensée de Kant et de Pascal*, a qual motivou o Professor José Roque Junges a consignar que “Zivia Klein registra quatro definições de dignidade humana em Kant, relacionadas com as quatro categorias centrais da moral kantiana: Moralidade, Autonomia, ‘Homo noumenon’ e Respeito”. In: (JUNGES, 2007. p. 85).

(...) o homem, considerado como *pessoa*, isto é, como sujeito de uma razão prático-moral, está acima de todo o preço; pois, enquanto tal (*homo noumenon*), não se pode valorar só como meio para fins alheios, e até para os seus próprios fins, mas como fim em si mesmo, isto é, possui uma *dignidade* (um valor interno absoluto), *graças à qual* força ao *respeito* para com ele *todos os demais seres racionais* do mundo, e se pode medir com qual que outro desta classe e apreciar-se em pé de *igualdade*. (KANT, 1986, p. 73)

Veja-se que ao tratar da noção de pessoa, Kant acaba por abordar moral (reino dos fins), autonomia (liberdade) e respeito (humanidade) – isso porque a compreensão deste núcleo conceitual não pode acontecer de forma isolada com o entendimento de que cada um dos critérios seja autônomo e não conectados como o todo. Como aconteceu com a noção de pessoa, por exemplo, acontecerá na definição dos demais critérios que compõem o núcleo conceitual de dignidade humana, ou seja, a compreensão é global.

A pessoa, natureza racional, dentro desta finalidade objetiva, fim em si mesma, acaba por representar a sua própria existência de ser racional – por conseguinte, o princípio é subjetivo da ação humana. No entanto, a objetividade de fins (objetivos), *a priori*, não obstante de caráter subjetivo do racional humano, é simultaneamente objetiva, pelo princípio prático supremo de poder derivar as leis da vontade humana, objetivamente. Por exemplo, as leis que sejam válidas também para mim – pela sua universalização (imperativo categórico). Kant (1986) apresenta quatro exemplos do que seria uma universalização do dever.

O primeiro deles refere-se ao pensamento de suicídio do homem: neste caso, um homem, fim em si mesmo, não poderia praticá-lo, pois estaria se usando, valendo-se da sua *pessoa* como meio de mutilação, degradação. Ressalte-se, aqui, a diferença entre o suicídio e a dependência de uma amputação de um braço para a salvação da pessoa – restam-se diferentes os contextos. Logo, o suicídio é condenado por usar-se da própria pessoa não como valor absoluto, enquanto que a amputação, neste caso, não, porque era necessária a sua salvação.

De acordo com o segundo exemplo, o dever é ensejado como *respeito* para com os outros, no caso de uma promessa mentirosa em que se utiliza a outra pessoa como mero meio a um fim almejado. Uma pessoa mentirá para a outra em busca da satisfação da sua finalidade, enquanto a outra pessoa, que ouviu a mentira, foi inserida como mero meio para um objetivo outro que não a pessoa humana como fim em si mesma, valor absoluto. Isto é, faz-se uma prática condenável.

Terceiro, o dever é usado como *respeito* contingente para consigo mesmo – o meritório da prática de uma ação não só de acordo com a humanidade, mas com a sua concordância, em outras palavras, é preciso que eu concorde com a prática desta ação. Uma vez que o “eu” também integra o *Reino dos Fins*, partindo também dele a norma de ação, por isso, o respeito consigo mesmo. Então, esta prática não é condenada.

Como quarto exemplo, tem-se o dever meritório para com outrem; neste exemplo, Kant recita a felicidade como dever fim, natural de cada homem – assim, o dever estaria na contribuição mútua para a felicidade, destarte, a humanidade como fim em si mesma. Também, não seria uma prática condenada.

Citam-se estes exemplos kantianos para se chegar ao *princípio da humanidade*, que é fundamental por exercer condição suprema que limita a *liberdade* do homem. Os exemplos demonstraram que a *autonomia da vontade* da pessoa humana encontra limitação no princípio da humanidade. Nesta senda, resta-se o questionamento: a essência do princípio da humanidade é do próprio caráter moral que exerce?

A ilustração kantiana é negativa ao responder que a limitação vem extraída da experiência humana pela aplicabilidade a todos os seres racionais. Logo, a experiência não tem legitimidade ante ao princípio da humanidade para se olvidar da universalização. Além disso, a humanidade não representa fim dos homens (subjetivo), como objeto feito um fim não concebido como autolegislator e sim, representa, um *Reino dos fins*, como fim objetivo de constituição de lei à condição suprema limitadora do subjetivismo dos fins (que pode até advir da razão pura). O que, em outras palavras, significa dizer que independente dos fins que tenhamos em vista – o princípio da humanidade reger-se-á pela constituição da condição limitadora da ação humana no *Reino dos fins* (humanidade).

É que o princípio de toda a legislação prática reside objetivamente na regra e na forma da universalização que a torna capaz de ser uma lei (sempre lei da natureza); subjetivamente, porém, reside no fim; mas o sujeito de todos os fins é todo o ser racional como fim em si mesmo: daqui resulta o terceiro princípio prático da vontade como condição suprema da concordância desta vontade com a razão prática universal, quer dizer a idéia da vontade de todo o ser racional concebida como vontade legisladora universal. (KANT, 1986, p. 72)

Tem-se, neste ponto, um aspecto que merece maior atenção. No subjetivismo humano, ao lançar uma máxima como legisladora em si mesma, qual seria o critério limitador de uma vontade humana que automaticamente beneficia-se?

A resposta kantiana seria que a legislação em si mesma é uma vontade universal por meio das máximas legisladoras. A ação universalizável não se funda em nenhum interesse individual subjetivo (puro), porém em um valor incondicional, que a submete para esta vontade, de tal maneira que a engloba no contexto legislador. De forma que a vontade não está apenas e tão-só submetida à lei, mas a sua própria legislação, pela incondicionalidade, legisladora dela mesma e do universal. Isto é, uma máxima que não possa ser elevada ao universal é dita como subjetivamente individual, atendendo aos meus interesses apenas e tão-só. O que seria o fim e não o Reino dos fins – por isso não estaria apta de validade. Diferente daquela máxima que parte do individual, porque autolegislatora, com fins universalizáveis, ou seja, atende aos objetivos da humanidade e não só da vontade particular (pura), alcançando a validade pela universalização.

Com efeito, Kant (1988) acabou por desvelar o princípio da *Autonomia da Vontade*, por oposição a heteronomia. A essência deste princípio está veiculada na forma de contenção da lei para com o homem, explicitando-se no dever de obediência. Caso se faça uma reflexão, chega-se à concordância de que a lei existiu, porém o dever do homem em cumpri-la não estava em sua própria legislação, na heterônoma de sua vontade, vangloriando quaisquer outros interesses. Assim, define o filósofo que a “autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente no querer mesmo, como lei universal” (KANT, 1988, p. 85).

Nos critérios Kantianos, a autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana. Esta palavra é composta por dois elementos: *autos* (si próprio) e *nomos* (lei) - a lei para si próprio, o soberano de si mesmo. Entretanto para ser lei, há de se alcançar o caráter universal. A leitura da autonomia é a ideia de que a lei moral a que devemos reconhecer obrigando-nos é determinada por nós mesmos. Note-se a diferenciação de ser elevada uma lei a caráter universal e de uma lei ser moralmente aceita – esta análise reside justamente no princípio da autonomia, como critério fundante. A motivação desta prerrogativa deve também assinalar que uma lei pode ser essencialmente universal e elevada a tal patamar, entretanto não se pode chegar ao caráter universal se olvidando do princípio da autonomia, sob pena de perder a chancela da moralidade. Explica-se: o homem deve respeitar uma lei também em atenção ao princípio da autonomia, pela sua incondicionalidade. O dever do homem a uma lei reside na obrigação de agir conforme sua própria legislação que, pelo imperativo categórico, torna-se legislação universal, razão pela qual atingiu tal *status*, em um *reino dos fins*. Não se pode confundir uma vontade ou a sua própria legislação com interesse pessoal, reduzindo-se o semelhante como mero meio para esta finalidade – isso seria uma vontade heterônoma, caracterizadora do imperativo hipotético, que até pode ser moralmente aceita, mas desprendida do aspecto universal, portanto, não autolegisladora. A universalização parte da autonomia da vontade por elementos morais e eleva-se a tal pelo imperativo categórico, eticamente, como autolegisladora.

O dever da obrigação de uma lei está para o homem pela identificação de sua própria legislação - resultado obtido pelo princípio da autonomia, que legisla o universal, legislando a sua própria vontade. Esta ligação sistemática obtida pela lei comum, de seres racionais, Kant (1986) entende como *reino*. Conforma-se, assim, um *reino dos fins*, no qual a ligação sistemática dos seres racionais justifica as intenções de seus próprios fins que acabam por fundar uma possibilidade de validação, pelo caráter universal, de uma vontade. Dentre as diferenças pessoais de todos os seres, esta validação de uma ação há de possuir um conjunto que salvguarde o tratamento de si e de outrem como fins em si mesmos, nunca como meios: *reino dos fins*. Nesse sentido caracteriza-se *fins* – isto é, o *fim* atribuído pela legislação individual que ao alcançar à universalização trans-

forma-se em *fins*, em meio a este reino - daí a condição necessária do caso particular. Do contrário, sem o *status* de universalizável o *fim* da autonomia da vontade particular não se torna *fins do reino* e sim mero *fim individual*, heterônomo e não integrante do *reino dos fins* à humanidade.

Neste contexto, ao tratar de *autonomia*, faz-se imprescindível abordar-se a *liberdade*. Kant enfatiza que o conceito de liberdade serve como uma pedra angular para todo o edifício tanto da razão pura, da razão especulativa, como de todos os outros conceitos de Deus, de imortalidade, sendo tudo isso possível porque a liberdade, em sua realidade, é demonstrada por uma lei apodítica⁶³ da razão prática (na medida em que é demonstrada, ela constitui a pedra angular). Sendo assim, estas razões e conceitos, quando conectados à liberdade, fundamentam-se de realidade objetiva, insurgem-se com ela e através dela em uma consciência, “isto é, a sua possibilidade é provada pelo fato de a liberdade ser efetiva; com efeito, esta ideia revela-se mediante a lei moral” (KANT, 1986, p.12). “Ora à ideia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de autonomia, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na ideia está na base de todas as ações de seres racionais como a lei natural está na base de todos os fenômenos” (KANT, 1988, p. 102).

O princípio da autonomia, que contempla todo o valor do ser racional, faz-se determinado pela própria legislação, com liberdade – razão pela qual se justifica a salvaguarda de um valor incondicional, que encontra na palavra respeito um aparato fundante deste valor – haja vista ser a autonomia essência da natureza racional da dignidade da condição humana. (KANT, 1986, p. 79). Dessa forma, a tensão que existe entre a vontade de uma ação e a legislação é que faz consistir a **moralidade**, pois a obrigação prática de uma máxima universal, isto é, o dever há de ser de igual medida a todos, praticado desprendido de impulsos, inclinações porque, do contrário, não haveria como conceber um reino dos fins.

A moralidade deste conjunto traduzida em finalidades mútuas, disciplina que tudo tem um preço ou uma dignidade. “Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade” (KANT, 1986, p. 77). As relações do homem com as suas inclinações e necessidades de forma geral estão ligadas a um preço venal. Kant (1986) ressalta que esse preço é:

(...) aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento (*Affektionspreis*); aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade*.

63 Por lei apodítica, entende-se ser o meio de provar a veracidade de um princípio pelo raciocínio – sem adentrar na situação probatória fática.

Isto posto, um ser racional só pode ser fim em si mesmo por meio de uma condição única: a moralidade, porque esta condição assegura-lhe a qualificação como membro legislador e, por ser a humanidade, portanto, capaz de moralidade, integra, junto com ela, o dualismo único detentor de dignidade. Assim entendida, a dignidade não se obteria por lisonja, ela seria uma ação de **respeito** imediato focada na razão como objeto, desprendida de gostos subjetivos, vantagens derivadas, prazeres imediatos – o respeito é “o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço” (KANT, 1986, p. 78). Por isso:

Age a respeito de todo o ser racional (de ti mesmo e de outrem) de tal modo que ele na tua máxima valha simultaneamente como fim em si, é assim no fundo idêntico ao princípio: Age segundo uma máxima que contenha simultaneamente em si a sua própria validade universal para todo o ser racional. (KANT, 1986, p. 81)

O respeito, assim, é um sentimento que não se deixa influenciar por ditames de interesse, antes pelo contrário, produz-se por si mesmo, pela razão, fazendo-se distinto de todos os outros sentimentos, os quais possivelmente se inclinam por paixões, influências, etc. Por isso, “o *respeito* pela lei moral é, pois, um sentimento que é produzido por uma causa intelectual e este sentimento é o único que conhecemos plenamente *a priori* e cuja necessidade podemos discernir” (KANT, 1986, p. 32). Para Kant, o ser reconhecido como digno de respeito – não é a posição que ele ocupa numa sociedade, tampouco seu *status* social como cidadão do mundo, mas a função legisladora da moralidade, algo que os homens carregam inevitavelmente dentro de si. “Acima de tudo, para Kant, dizer que uma coisa possui dignidade não significa atribuir-lhe um valor substantivo, mas dizer que possui certa espécie de valor – intrínseco, incondicional e incomparável” (ROSEN, 2015, p. 46).

Preceitua Habermas (2006) que “mesmo nas suas formas anômicas, a vida humana possui ‘dignidade’ e exige ‘respeito’”. Com efeito, o respeito deve ser diferenciado da inclinação, tendo em vista que, pelo efeito da minha ação, como objeto, eu posso sentir uma inclinação – justamente porque se trata de apenas um efeito e não a atividade de uma vontade propriamente dita. Este efeito nunca pode ser caracterizado como respeito, há de ser identificado. E se essa inclinação parte de outro, pode ser dita como respeito perante a autonomia da vontade de outra pessoa?

A resposta kantiana para tal indagação é não. Não se pode ter respeito por se tratar de um efeito, conquanto de outrem, que não se pode implicar como respeito mesmo se tratando de uma inclinação geral; pode, sim, dizer-se aprovada a inclinação ou, ainda, considerá-la condizente com os interesses particulares desta inclinação. O objeto do respeito, portanto, é a lei – “aquela que nós impomos a nós mesmos, e no entanto como necessária em si” (KANT, 1986). Assim sendo, a lei exerce condição para que o sentimento do respeito possa se significar e se distinguir de todos os demais sentimentos

– então, quando eu reconhecer uma lei para mim, estarei, ao mesmo tempo, acabando de reconhecer a consciência que mantém subordinada à minha vontade em uma lei, ou seja, acaba-se por reconhecer o respeito. Logo, “a determinação imediata da vontade pela lei e a consciência desta determinação é que se chama respeito” (KANT, 1986).

Kant (1988) sintetiza o contexto ensejador deste sentimento – o respeito –, de modo a proclamar dignidade humana e, conseqüentemente, fundamentar ditames da humanidade por ser e pertencer essa dignidade a todas as pessoas humanas do mundo. Com isso, reconhecer-se como fim e usuário do sentimento, propugna, automaticamente, por respeitar a dignidade em todos os demais seres humanos.

Oportuno ressaltar que estes critérios fundantes do conceito de dignidade humana – pessoa, moralidade, autonomia e respeito – estão interligados um ao outro, estando completa sua compreensão pelo entendimento conjunto desses quatro vetores que definem a dignidade. Por isso que não se separou em itens um, dois, três e quatro, nas ilustrações desta pesquisa, evitando-se que se assim fosse entendida, evitando-se que esses critérios pudessem ser usados como ferramenta de silogismos em uma análise distanciada do conjunto elementar integral que contempla o processo compreensivo chamado dignidade humana. A compreensão deve se estruturar de forma conjunta, amparada por esses quatro critérios que servem como vetores fundacionais da condição humana em salvaguarda de sua dignidade, em cada particularidade contextualizada.

Tratando do princípio da *moralidade*, Kant (1986) apresenta-o de três maneiras, reunindo cada forma, em si e por si mesma, as outras duas, havendo, pois, uma diferenciação entre elas que, almejando a aproximação entre ideia e razão, por conseguinte, da intuição, logo, do sentimento – faz-se mais subjetiva do que objetivamente prática. Dessa forma, as três maneiras destacadas são quanto à forma, à matéria e a uma determinação completa. Assim, as máximas têm:

- a. uma forma: aqui, a fórmula do imperativo traduz-se pela elevação das máximas corroboradas ao patamar de leis universais da natureza, em outras palavras, a universalização da própria legislação como membro moral;
- b. uma matéria: o ser racional, nesta formulação, deve prestar condição restritiva a toda máxima que nos eleve a fins relativos e arbitrários, pois sua natureza disciplina-o como fim em si mesmo; por isso, a matéria, ou seja, um fim, faz do ser racional um fim em si mesmo;
- c. uma determinação completa: esta formulação faz-se acompanhar de todas as máximas, legisladoras em si mesmas, em concordância com um reino possível dos fins, como reino da natureza.

À evidência, passar uma ação e a mesma ação pelas três formas citadas seria dar acesso à lei moral pelas almas, afinando-as ao possível tanto da intuição. No entanto, importa salientar que Kant, ao enfatizar a apresentação do princípio da moralidade em três maneiras, acabava por fundamentar os vértices proclamadores dos critérios que ba-

lizam a dignidade humana. Se o pensador apresenta o princípio da moralidade depois de fazer a diferenciação entre pessoa e coisa, logicamente que a moralidade incorpora a noção de pessoa e condiciona-se a esta, pela dignidade, uma vez que a pessoa tem dignidade. Por conseguinte, um dos critérios, pessoa, já está contemplado perante a apresentação da moralidade. Ao se referir das três maneiras aos efeitos das máximas, Kant está se projetando sobre os três critérios faltantes: a moralidade, a autonomia e o respeito, que se interligam por si só. Ao tratar da forma (item a), Kant argumenta a autonomia, ou seja, uma universalização da própria fórmula moral, prestando validade às máximas pela autolegislação como membro que, ao se legislar, eleva-a ao universal, já que condicionada a uma pessoa autônoma. Já quanto à matéria (item b), o filósofo está se referindo à condição moral propriamente dita, isto é, toda vez que houver fins relativos e arbitrários, o ser racional há de prestar restrição condicionante para tal objetivo – em salvaguarda da sua natureza –, tendo em vista que, como fim em si mesmo, faz-se o seu próprio objetivo; nunca se prestando como meio, mas como fim. Quanto à determinação completa (item c), está-se a tratar do respeito, em outras palavras, quando todas as máximas regidas pelo princípio da autonomia da vontade prestarem concordância moral com o *reino dos fins*, há de se ter o respeito mútuo embasado pelo princípio da humanidade. Desse modo, a moralidade disciplina-se de maneira que o imperativo deve buscar, na própria legislação, o universal – a autolegislação como forma de universalizar os plurais objetivos, fins em si mesmos (moral), da pessoa humana que, pela determinação completa, deve prestar um respeito mútuo quanto à forma e à matéria, em nome do princípio da humanidade. Uma vontade autônoma, portanto, fim em si mesma, há de consentir com o possível reino dos fins, para que possa ser validamente elevada à humanidade, como modelo.

Por esta leitura, demonstra-se a constituição dos critérios kantianos que formam os pilares da dignidade humana, prestando condição um ao outro, sob esta estrutura – pessoa, moral, autonomia e respeito. Nesta relação, a vontade absolutamente boa eleva-se ao plano de universalidade, justificando-se como fim em si mesma, fundamento da natureza racional, que a glorifica como todo fim: a boa vontade, que ganha validade pela condição suprema de respeito de todo o ser racional.

Com efeito, Kant (1986) confere a todas as pessoas a mesma dignidade – pela sua condição primeira de “pessoa”, que lhe insere como agente moral integrante dos quadros da humanidade e, por esta razão, de identificação de gênero, é que o filósofo justifica-se na proclamação de “pessoa” como detentora de dignidade. Esta dignidade completa, por sua vez, far-se-á na sua definição pela totalidade da estrutura, como se viu, pelos critérios da pessoa, da moral, da autonomia e do respeito. Ao apresentar de maneira condicional um possível mundo dos seres racionais, como reino dos fins, de acordo com a própria legislação e como membro desse, o pensador constitui o respeito como móbil moral. As relações externas não alteram necessariamente a essência das

coisas, não modificam o valor absoluto do homem. “A moralidade é pois a relação das acções com a autonomia da vontade, isto é, com a legislação universal possível por meio das suas máximas” (KANT, 1986, p. 86). Assim posto, as ações absolutamente boas são as universalizáveis ou as que com elas concordem. Essa dependência da ação com a vontade – quando não estiver hábil à universalização, ou seja, não for absolutamente boa –, segundo Kant (1986), funda a obrigação e “a necessidade objetiva de uma ação por obrigação”, chamando-se dever. Razão pela qual “a dignidade da humanidade consiste precisamente nesta capacidade de ser legislador universal, se bem que a condição de estar ao mesmo tempo submetido a essa mesma legislação” (KANT, 1986, p. 86).

Veja-se que a ausência do respeito transforma a dignidade humana em heteronomia, não mais se valendo de um juízo moral, mas de um imperativo hipotético, de satisfação de vontade particular, interesse, independente da humanidade em seu caráter universal. Destarte, a dignidade da pessoa humana funda-se em critérios da filosofia kantiana, vértices que estabelecem à pessoa uma moralidade, dotada de autonomia e respeito – satisfazendo-se assim as três maneiras de apresentar o princípio da moralidade e proclamando os quatro critérios estruturantes do conceito de dignidade à condição humana, quais sejam: pessoa (*homo noumenon*), moral (*reino dos fins*), autonomia (*liberdade*) e respeito (*humanidade*). Assim sendo, a definição de lei moral kantiana não se faz como lei da natureza, mas como lei da liberdade. Nesta perspectiva, sua relação com a lei caracteriza o que se chama de leis jurídicas. No entanto, as leis, em si, devem contemplar-se como fundamento das ações, em suas determinações e, ao assim fazê-lo, acabam por se distinguirem como éticas. Nesta condição, podem ainda coincidir-se com a lei moral e com a lei jurídica, formando-se, com isso, a chamada *moralidade da ação* e a *legalidade*, como produto destas coincidências, respectivamente (KANT, 1986).

Sempre quando se está a tratar de autonomia, não se deve olvidar de uma sublime peculiaridade que se encontra intimamente ligada ao conceito, qual seja: a liberdade. Kant (1986) descreve como “inseparável” a liberdade da autonomia – e esta, por sua vez, fundamenta o princípio da moralidade, constituindo-se a lei natural embasadora de todos os fenômenos, por sustentar a base da ação dos seres racionais. Dessa forma, a autonomia (e a liberdade) é pensada por Kant (1986) também nos casos de uma vontade livre de impulsos da sensibilidade em descompatibilidade com os preceitos morais. Para isso, o filósofo diferencia o mundo sensível do mundo inteligível. O ser racional, tendo como causalidade a vontade, integra o mundo inteligível, no entanto, o ser racional tem consciência que também pertence ao mundo sensível, pois suas inclinações, seus apetites não servem como causalidade aqui, pois são os fenômenos de sua ação.

Se um ser racional fosse pertencente unicamente ao mundo inteligível, a sua autonomia determinaria todas as suas ações. E, como membro também do mundo sensível, elas seriam indicadas à obediência da lei natural e inclinações. Nesse sentido, o

mundo inteligível deve ser entendido como “um ponto de vista que a razão se vê forçada a tomar fora dos fenômenos para se pensar a si mesma como prática” (KANT, 1986).

Sob tal perspectiva, a dignidade da pessoa humana há de ser pensada perante um pesquisador que não só se determine pelo mundo inteligível, mas que também sopesa uma coerência com o imperativo categórico, sob pena de entender a dignidade como uma submissão. Para isso, um olhar internacional sobre dignidade humana e suas temáticas correlatas se faz necessário para fundamentar um aprofundamento compreensivo que carece, por conseguinte, de uma fusão destes paradigmas em prol de um fundar interpretativo de dignidade.

Nesse sentido, já com a compreensão teórica do núcleo conceitual da dignidade humana que é pessoa (*homo noumenon*), moral (reino dos fins), autonomia (liberdade) e respeito (humanidade) – passa-se ao juízo da dignidade humana, ou seja, como aplicar este núcleo no caso concreto.

3. JUÍZO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA GLOBAL

A partir da formulação do núcleo conceitual da dignidade humana - propõe-se sua aplicação ao caso concreto, em forma de perguntas, do juízo. Para Habermas (2006) “terá sido a partir dessas facetas concretas de uma dignidade específica em cada caso que se abstraiu a universalidade exaltada ‘dignidade do ser humano’, atribuída à pessoa enquanto tal”. Adverte o filósofo que não se deve considerar este abstrato olvidando-nos da comunidade moral de sujeitos de direitos humanos livres e iguais, constituindo qualquer ‘reino dos fins’, “sendo antes uma comunidade que se mantém alicerçada em formas de vida concretas e no seu correlativo *ethos*”.

Desta forma, assim como é realizado o chamado “teste da proporcionalidade”, na aplicação do princípio da proporcionalidade (princípio da razoabilidade, para alguns), muito utilizado não só na Europa, mas em todo o mundo – ter-se-á o denominado *juízo da dignidade da pessoa humana global*, para a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana no caso concreto. Teoricamente, o conceito de dignidade humana é composto pelo núcleo conceitual apresentado. E, sua aplicação, passa pelo *juízo da dignidade humana global* que se apresenta. Logo, os vértices fundadores dos critérios deste núcleo conceitual, constituirão o denominado *juízo da dignidade humana global*, que, assim como o teste de proporcionalidade, constituiu-se de algumas perguntas a serem elaboradas ao caso concreto, a saber:

1. Trata-se de pessoa humana (*homo noumenon*), pressupondo sua dimensão ontológico-espiritual?
2. A norma da ação e sua(s) previsível(is) consequência(s) podem ser elevadas ao caráter universal, como modelo global, a constituir os fins da humanidade, caracterizando a pessoa humana como fim em si mesma?

3. A ação é amparada pela autonomia da vontade autolegisladora, tendo pressuposta a liberdade e a pessoa humana como valor absoluto no reino dos fins?
4. A máxima da ação é dotada de respeito por si próprio, pelo outro e pela humanidade?

A compreensão prática da dignidade da pessoa humana acontece pelas respostas as quatro perguntas a serem feitas ao caso concreto. Sendo que as respostas poderão ser diferentes de uma situação para a outra, dependendo das especificidades do caso particular que reclama solução. Por isso, a partir do mínimo des-velado (que teoricamente está definido no núcleo conceitual) e em conformidade com ele - se determinarão os significados a serem des-velados pelas respostas às perguntas proferidas ao caso concreto, mediadas pelo intérprete, perante o *juízo da dignidade humana*. Assim, de nada adianta, a partir do juízo da dignidade, dizer qualquer coisa sobre dignidade humana para caracterizá-la, por exemplo; dizer que determinada ação partiu da autonomia de vontade da razão humana, sem a detida análise pela sua autolegislação, sob a motivação deste critério. Quer-se alertar que a fundamentação das respostas é uma necessária *fusão de horizontes* (Gadamer) que se dará a partir de Kant e para além de Kant – justamente porque se tem o núcleo conceitual kantiano e o juízo da dignidade. Então, o que é dignidade humana no caso concreto? A resposta só se des-ocultará estabelecendo o diálogo com o mesmo, representado pelo juízo da dignidade - quando as respostas revelarão as delimitações dele, prestando congruência com o outro mínimo que já chega des-velado, denominado núcleo conceitual. As respostas às perguntas irão des-velar o outro mínimo, completando-se com o outro já desvelado.

Estas quatro perguntas que formam o juízo da dignidade humana irão ser feitas a todos os casos concretos que reclamarem violação de dignidade humana. De forma que, apesar de serem as mesmas perguntas, as respostas irão ser diversas. O interlocutor entre o juízo da dignidade humana e o caso particular é o intérprete jurídico, em missão de *médium* (Gadamer). Desta maneira, para caracterizar a dignidade da pessoa humana como não violada conta-se com a resposta positiva das quatro perguntas. E para legitimar sua desobediência, respondida a primeira pergunta positivamente, basta a negativa de uma das demais perguntas. Ou seja, não sendo pessoa humana (primeira pergunta), nunca haverá dignidade da pessoa humana. E a partir daí (com as demais perguntas), qualquer resposta negativa é identificada como violadora da dignidade inerente a todo o gênero humano.

Com a desobediência à dignidade humana, constatada pelo juízo da dignidade, faz-se a quinta pergunta:

5. Há algum direito fundamental expreso violado?

Em caso de resposta positiva, este direito fundamental respondido é que será a fundamentação argumentativa contra a violação – e não a dignidade da pessoa humana,

pelo menos nos chamados “casos fáceis”. Em havendo resposta negativa, de não haver nenhum direito fundamental expresso violado, creia-se haver afronta direta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ressaltando-se que ele (o princípio da dignidade da pessoa humana) só haverá de ser utilizado como fundamentação nos casos onde não há lesão ou ameaça aos direitos fundamentais expressos - sob pena de cometer-se o excesso linguístico em sua utilização argumentativa, com sérios reflexos. Uma vez que, se há um direito fundamental denegrido, a dignidade humana, valorativamente, também é ofendida (direta ou indiretamente) – porque ela os fundamenta centralmente. Isso não a coloca como legitimadora de se utilizar da dignidade da pessoa humana como argumento, neste caso, momento onde o direito fundamental expresso motiva-se por suas próprias razões. A dignidade da pessoa humana não pode ser tudo, estar em tudo, significar tudo. Por conseguinte, parece-se que o mais razoável, é usar o princípio da dignidade humana com toda sua força argumentativa quando não há direito fundamental ameaçado ou violado, já que ela não serve para tudo e todos.

Desta forma, sua aplicação será contextualizada ao caso participar que deverá acontecer a partir do mínimo des-velado pelos critérios núcleo conceitual, que são os seus significantes – des-velados – que estão em busca por seus significados (o outro mínimo ainda oculto), que se des-velará no caso fático com a desocultação das respostas ao juízo da dignidade - momento do ponto de estofo do sentido, da atribuição de sentido. Os significados não podem ser incongruentes com os significantes. Em outras palavras, o mínimo desocultado das particularidades no caso concreto não pode contradição os critérios kantianos, numa efetivação prática, de modo que se identifique, eles, nos significados da efetivação da dignidade humana naquele caso particular, prestando coerência. O mínimo desvelado e o mínimo a ser desocultado comunicam-se pela aplicação efetiva e coerente do teórico ao prático, da filosofia ao Direito, da dignidade humana abstrata à dignidade humana no caso individual – partindo daquele mínimo universal e não perdendo o outro mínimo regional, pela fusão entre eles e em nome de um horizonte novo que se abre.

4. BREVES APROXIMAÇÕES DE DIGNIDADE HUMANA ENTRE BRASIL, PORTUGAL, ESPANHA, FRANÇA E ITÁLIA

A noção de dignidade da pessoa humana encontra várias e distintas definições na doutrina jurídica brasileira⁶⁴. Traçam-se, aqui, apenas algumas significações, como

64 Doutrina que se indica: SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social, in: *Revista de Interesse Público*, no. 04, 1999. p. 23-48; SILVA, José Antônio. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia, in: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212, 1998. p. 89-94; COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 1-16. TORRES, Ricardo Lobo. O Princípio Fundamental da Dignidade Humana. In: *Princípios Constitucionais Fundamentais*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 885-894; BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. 2.ed. Porto Alegre:

exemplificativas, ao que se pretende demonstrar – a diversidade de pensamentos, com alguns pontos comuns.

A pessoa humana, como ser racional, em sua autonomia é enfatizada pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, logo, diferenciando-se do ser irracional. “Essas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana” (NUNES, 2002, p. 49-50). Em relação com os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, doutrina José Afonso da Silva que ela, “na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (...). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando a própria dignidade” (SILVA, 2000, p. 146).

Propondo a promoção de participação corresponsável ao ser humano, Sarlet (2009) avança para a proteção às prestações de cunho negativo e à efetivação de políticas positivas de dignidade da pessoa humana, salientando que ela faz-se “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. E, em se tratando de possível relativização da dignidade da pessoa humana em sua aplicação, esclarece Sarlet (2004) que “eventual relativização da dignidade na sua condição de princípio (de norma jurídica) não significa que se esteja a transigir com o caráter inviolável da dignidade considerada como qualidade inerente a todas as pessoas, que as torna sujeitos de direitos e merecedoras de igual respeito e consideração no que diz com sua condição humana” (SARLET, 2004, p. 143).

Na doutrina de Rocha (1999), a dignidade é pressuposto à justiça humana, isso porque “ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.” Assim a dignidade da pessoa humana é mais que um dado jurídico “que uma construção acabada no direito, porque firma e se afirma no sentido de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as

Livraria do Advogado, 2014; BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010; BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

suas vocações e necessidades” (ROCHA, 1999, p. 26). Nos estudos de Barroso (2013, p. 326), “a dignidade da pessoa humana é um valor moral que, absorvido pela política, tornou-se um valor fundamental dos Estados Democráticos em geral. Na sequência histórica, tal valor foi progressivamente absorvido pelo Direito, até passar a ser reconhecido como um princípio jurídico”. Dessa forma, “a dignidade humana identifica: 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)”.

Ao tratar o tema sob a jurisprudência brasileira, o Supremo Tribunal Federal já decidiu vários casos, com resultados diversos, sobre a dignidade da pessoa humana. Um exemplo talvez seria o julgamento histórico da ADI 3510, no qual a dignidade humana fundamentou votos sim e votos não, traduzindo a complexidade do caso concreto. Neste, não se pode deixar de registrar a definição de dignidade humana exarada pelo Ministro Lewandowski, como sendo “um valor que transcende a pessoa compreendida como ente individual, consubstanciando verdadeiro parâmetro ético de observância obrigatória em todas as interações sociais”.⁶⁵ O Ministro Celso de Mello asseverou que a dignidade da pessoa humana “representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo”.⁶⁶ Para o então Ministro Eros Roberto Grau há um imenso perigo na dignidade da pessoa humana que pode revelar-se em tirania, ao invés do valor que a pertence, chamando atenção ao tempo ao limite e ao universo interpretativo que a conduz, como explicita: “estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor [valor de quem se arrogue a tanto]. É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. Então, como diz Hartmann, quando um determinado valor apodera-se de uma pessoa tende a erigir-se em tirano único de todo o *ethos* humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos.”⁶⁷

Alguns outros tantos julgados são exemplos de aplicação da dignidade da pessoa humana nas mais variadas áreas do Direito, todavia a identificação de definição do con-

65 STF - ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29.5.2008. Voto do Min. Lewandowski.

66 STF - ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29.5.2008. Voto do Min. Celso de Mello. No mesmo sentido: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011. ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-5-2011, Plenário, DJE de 14-10-2011.

67 STF - ADPF 153, voto do Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-4-2010, Plenário, DJE de 6-8-2010.

ceito de dignidade da pessoa humana, é tarefa um tanto mais complexa, não que não exista. A questão é se o conceito resolve casos complexos. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, que “o direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana, princípio alçado a fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III)”.⁶⁸ “Sendo fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, o exame da constitucionalidade de ato normativo faz-se considerada a impossibilidade de o Diploma Maior permitir a exploração do homem pelo homem.”⁶⁹ Ainda, cita-se o “fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconfiabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o Estado Democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País”.⁷⁰

O *direito português*, pela Constituição de 1976, consagra uma reformulação ao princípio da dignidade da pessoa humana, com notoriedade em sua ordem constitucional – haja vista que, já na Constituição de 1933, após a revisão de 1951, trazida pela Lei nº 2048, de 11 de junho, em seu artigo 6º, 3, continha-se positivada a expressão dignidade humana.⁷¹ Contudo, a Constituição de 1976, pelo seu artigo 1º, 1, realçou o princípio a “princípio reitor” de todo o sistema jurídico, em outras palavras, o fundamento da República.

Para Gomes Canotilho, a República Portuguesa assenta suas bases, em primeiro lugar, na dignidade da pessoa humana, depois, na vontade popular – ligando-se organicamente à garantia constitucional dos direitos fundamentais e ao sistema constitucional-democrático. São, ao mesmo tempo, fundamento e limite do Estado Democrático. Assim, elevando-se a dignidade da pessoa humana a trave mestra de sustentação e legitimidade da própria República, por conseguinte, da organização do poder político. Portanto, a dignidade da pessoa humana é “valor-limite” contra totalitarismos (políticos, sociais, religiosos), escravaturas, inquisição, nazismo, estalinismo, polpotismo, genocídios étnicos e quais quer tipos de experiências aniquiladoras do existencial do ser e/ou negadoras de dignidade da pessoa humana. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 198). “Nesse sentido, a República é uma organização política que serve o homem,

68 STF - RE 248.869, voto do Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 7-8-2003, Plenário, DJ de 12-3-2004.

69 STF - RE 359.444, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 24-3-2004, Plenário, DJ de 28-5-2004.

70 STF - HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.

71 Constituição da República Portuguesa: Artigo 6º - “Incumbe ao Estado: 3º. - Zelar pela melhoria das condições das classes sociais mais desfavorecidas, procurando assegurar-lhes um nível de vida compatível com a dignidade humana.”

não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios” (CANOTILHO, 2003, p. 225). Desta forma, a dignidade da pessoa humana não é apenas um princípio-limite, por possuir um valor próprio e uma dimensão normativa que a lança para a base de concretização de muitos direitos fundamentais: direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito à integridade física e psíquica, direito à identidade pessoal, direito à integridade genética. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 198).

Na disciplina de Miranda, o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio axiológico fundamental e limite transcendental ao poder constituinte, ou seja, é um *metaprincípio*. Isso porque está aberto a todos os demais princípios, constituindo-se um valor absoluto, não podendo haver qualquer diminuição interpretativa em sua dimensão, nem mesmo frente ao Estado. É irreduzível, insubstituível e irrepetível (MIRANDA, 2010, p. 937-938). Uma vez que o direito faz-se inerente à personalidade, com fins de proclamação da dignidade da pessoa humana, vislumbrado a partir do homem como ser real e concreto (SILVA, 1965, p. 134). Diante disso, “natureza e cultura devem ser pensadas conjuntamente na forma da dignidade humana e no âmbito do Estado constitucional. Ela é ‘inata’ à existência humana e constitui ‘natureza’ do ser humano. Ela constitui, todavia, também, ‘cultura’, atividades de muitas gerações e dos homens na sua totalidade (de humanidade), a ‘segunda criação’. A partir dessa ação recíproca se constitui a dignidade do Homem” (HÄBERLE, 2005, p. 127).

Destaca Castanheira Neves que “a dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional da sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. Pelo que o juízo que histórico-socialmente mereça uma determinada comunidade, um certo grupo ou uma certa classe não poderá implicar em juízo idêntico sobre um dos membros considerado pessoalmente – a sua dignidade e a responsabilidade pessoais não se confundem com o mérito e o demérito, o papel e a responsabilidade histórico-sociais da comunidade, do grupo ou classe de que se faça parte” (NEVES, 1976, p. 207). Portanto, ao se falar de respeito pela dignidade da pessoa humana, não se está a consagrar um “homo clausus”, tampouco realçando metafisicamente a pessoa como “centro do espírito”, nem impondo constitucionalmente uma “imagem unitária do homem e do mundo”, nem “amarrar” o homem num mundo cultural específico, “mas tornar claro que na dialética ‘processo-homem’ e ‘processo-realidade’ o exercício do poder e as me-

didadas da *práxis* devem estar conscientes da identidade da pessoa com os seus direitos (pessoais, políticos, sociais e econômicos), a sua dimensão existencial e a sua função social” (CANOTILHO, 1982, p. 34-35).

A noção de desenvolvimento da personalidade é aberta, não podendo o Estado impor uma personalidade-modelo, determinada por quaisquer concepções ideológicas, filosóficas ou estéticas (PINTO, 1999, p. 164). A dignidade da pessoa humana concentra ainda em seu valor, uma solidariedade entre os humanos e também entre gerações, condizendo que, amparados na dignidade hodierna, as pessoas possam garantir às gerações vindouras uma dimensão de dignidade humana sempre igual ou maior e mais efetiva, do patamar onde se está - podendo elas desfrutar dos bens da natureza com capacidade de renovação de recursos e equilíbrio ecológico.

“O princípio da dignidade da pessoa humana é, pois, a referência axiológica de todo o sistema de direitos fundamentais. Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas” (MIRANDA; MEDEIROS, 2010, p. 82). Assim, a dignidade humana não é um específico direito, mas essencialmente um princípio englobante onde se fundamentam todos os direitos fundamentais. Visa conferir um caráter referencial e polarizador, um estatuto prioritário, à pessoa humana (e a sua ‘autonomia ética’) em face de fins econômicos, sociais, políticos ou de outra natureza ainda que também merecedores de tutela (MIRANDA; MEDEIROS, 2010, p. 82). A dimensão intrínseca e autônoma da dignidade da pessoa humana articula-se com a liberdade de conformação e de orientação de vida, havendo a necessidade de uma abertura às novas exigências da própria pessoa humana, podendo reclamar prestações públicas ou privadas enriquecedoras das irradiações físicas e espirituais da pessoa. Por conseguinte, ela pressupõe ainda relações de *reconhecimento intersubjetivo*, pois a dignidade de cada pessoa deve ser compreendida e respeitada em termos de reciprocidade de uns com os outros. Nessa ótica, “a articulação destas três dimensões – a dignidade como dimensão intrínseca do ser humano, a dignidade como dimensão aberta e carecedora de prestações, a dignidade como expressão de reconhecimento recíproco – explica muitas soluções normativo-constitucionais acolhidas na Constituição da República” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 199). Isto é, para além de justificar a imposição de deveres públicos na ordem Constitucional interna de cada Estado-membro – a dignidade da pessoa humana funciona como *standard* de proteção universal, requerendo a adaptação de convenções e medidas internacionais em formatação de um direito internacional protetivo da dignidade da pessoa humana, não apenas compreendendo o ser humano individual, mas também a dignidade humana entendida a entidades coletivas: humanidade, povos, etnias (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 200).

Para Miranda (2010) a razão e a consciência são “denominador comum” a todos os homens em que se consiste essa igualdade. *Dotados de razão e consciência*, justifica-se o reconhecimento, a garantia e a promoção dos direitos fundamentais, superando as diferenças econômicas, culturais e sociais. *Dotados de razão e de consciência* justifica-se por que os direitos fundamentais não podem desprender-se da consciência jurídica dos homens e dos povos. Nesse sentido, enuncia alguns pontos:

- a. A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;
- b. A dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento;
- c. A dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher;
- d. Cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais pessoas;
- e. Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;
- f. A dignidade determina respeito pela liberdade da pessoa, mas não pressupõe capacidade (psicologia) de autodeterminação;
- g. A dignidade da pessoa permanece independentemente dos seus comportamentos sociais;
- h. A dignidade da pessoa exige condições adequadas da vida material;
- i. O primado da pessoa é do *ser* e não do *ter*; a liberdade prevalece sobre a propriedade;
- j. Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida;
- k. A dignidade de cada pessoa é um *príus* em relação à vontade popular;
- l. A dignidade da pessoa está para além da cidadania portuguesa (MIRANDA, 2010, p. 937).

O Tribunal Constitucional português tem decidido conforme a doutrina exposta. Entre seus precedentes, destaca-se um paradigma, prolatado no Acórdão nº 105/90, de 29 de março – o qual reconhece o homem enquanto pessoa, em sua autonomia, liberdade (social), responsabilidade, na sua unidade existencial de sentido – “como um verdadeiro princípio regulativo primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto de ‘validade’ das respectivas normas. E, por isso, se dele não são dedutíveis ‘diretamente’, por via de regra, ‘soluções jurídicas concretas’, sempre as soluções que naquelas (nas «normas» jurídicas) venham a ser vazadas hão-de conformar-se com um tal princípio, e hão-de poder ser controladas à luz das respectivas exigências”. Deste modo, segundo o Tribunal o princípio da dignidade da pessoa humana é “padrão ou critério possível para a emissão de um juízo de constitucionalidade sobre normas jurídicas”. E em se tratando de sua definição conceitual asseverou-se que “não é algo de puramente apriorístico (...) e ou a-histórico, mas algo que justamente

se vai fazendo (e que vai progredindo) na história, assumindo, assim, uma dimensão eminentemente ‘cultural’”.

No *direito espanhol* (MARQUES, 2010, p. 557-558), o princípio da dignidade da pessoa humana é integrado ao sistema jurídico pelo poder constituinte de 1978, em seu artigo 10^o72, da Carta Constitucional, sendo concebido como “fundamento da ordem política e da paz social” – projetando, a dignidade da pessoa humana, como critério geral de interpretação e como elemento fundamental de ponderações na solução de conflitos entre direitos. A dignidade da pessoa humana, consagrada no texto constitucional de 1978, resultou historicamente da Constituição de 1812, artigo 4^o; também, do projeto da Constituição de 1938. Assim, o referido princípio acaba por fortalecer os direitos fundamentais traduzindo-se em garantias ao cidadão, ao mesmo tempo em que obriga o Estado espanhol a imposições positivas, sustentando-se como fundamento da “ordem política” e da “paz social” (ROLLA, 2003, p. 242). Logo, 1978 foi o marco temporal de um longo período histórico de ausência de liberdades, de direitos fundamentais – que “junto a la tarea de reconciliación nacional (amnistía) y de la restitución del autogobierno de las nacionalidades y regiones (Estatuto de autonomía), los derechos fundamentales (libertad) figuraron como una de las aspiraciones básicas del movimiento popular que animó la transición política hacia la democracia en los años 1975/1978. Los derechos “inviolables” inherentes a la persona se erigen así en “fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10.1, CE)” (VILLALÓN; FALCÓN, 2001).

Veja-se esta decisão do Tribunal Constitucional Espanhol: “junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.⁷³

72 Constitución Española: “Artículo 10: 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

73 STC n^o 53/1985, de 11 de abril. Que ainda colaciona-se outro trecho: “Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”.

Ainda, o Tribunal asseverou por *Decision* que “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”,⁷⁴ conceito este que se tornou paradigma perante os julgamentos da Corte. Para Perez Gonzáles (1986), “los derechos fundamentales que el artículo 10, 1, considera ‘inviolables’ son inherentes a la dignidad de la persona, en ellos se traducen y concretan las facultades que vienen exigidas por la dignidad, así como el ambito que debe garantizarse a la persona para que aquella dignidad sea posible” (PEREZ, 1986, p. 83), concluindo que “tan atentatorio a la dignidad de la persona sería tratar desigualmente a los hombres como hombres, como no respetar las desigualdades que constituyen proyección de su personalidad en libre ejercicio de los derechos a ella inherentes” (PEREZ, 1986, p. 96).

Em França (MARQUES, 2010, p. 559), a dignidade da pessoa humana apenas foi entronizada ao sistema jurídico em 1994. Isso porque este princípio não esteve percebido nas Constituições de 1946 e 1958. Vindo à tona, formalmente, apenas em 1994, quando o Conselho Constitucional em exame interpretativo por via do controle de constitucionalidade sobre leis de bioética, pronunciou-se sobre a dignidade da pessoa humana através da *Décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994*. Nela, o Conselho Constitucional atribuiu valor constitucional à “sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d’asservissement et de dégradation”. Refere-se que a fundamentação trazida pelo Conselho referencia o preâmbulo da Constituição de 1946 e não de 1958, uma vez que aquela recepciona a Declaração de Direitos de 1789, enfatizando a vitória dos povos livres sobre os regimes que tentaram degradar a pessoa humana,⁷⁵ embora nesta (1958), haja menção aos direitos

74 STC n° 115/2010, de 24 de novienbre: “Seguidamente, la Sección se refiere a la dignidad de la persona como fundamento del orden político y social, fundamento que subyace en la proclamación de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Indica que en la STC 53/1985, de 11 de abril, se afirma que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás. Dicho esto, recuerda, que según el art. 12 de la Declaración universal de los derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948, nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y familiar, teniendo derecho a que la ley le proteja frente a dichas injerencias. En parecidos términos se pronuncian los arts. 16 y 17 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966, o el art. 8 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, que proclaman el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Acerca del derecho fundamental a la intimidad, en conexión con el libre desarrollo de la personalidad, se mencionan las SSTC 142/1993, 202/1999 y 119/2001, de las que entresaca, la Sección promotora de la cuestión, la afirmación de que “el derecho a la intimidad tiene una dimensión positiva, atinente a la protección de las posibilidades de autorrealización del individuo y al libre desarrollo de la personalidad, como una expresión efectiva de la dignidad de la persona humana y también una dimensión negativa, dado que la intimidad del individuo puede padecer no sólo por la actuación de los demás en general, sino por la actuación de los órganos de poder”.

75 Vejam-se os Preâmbulos: a) Constituição de 1946: “Imediatamente após a vitória dos povos livres sobre os regimes que tentaram escravizar e degradar a humanidade, o povo francês proclama novamente que todos os seres humanos, sem distinção de raça, religião ou credo, possui direitos inalienáveis e sagrados. Eles reafirmam solenemente os direitos e liberdades do homem e do cidadão consagrados na Declaração de Direitos de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.” Tradução livre. Texto original: “Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d’asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l’homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République”. b) Constituição de 1958: “O povo francês proclama solenemente seu compromisso com os direitos humanos e os princípios de soberania nacional,

humanos e a Declaração de 1789. Por conseguinte, após esta decisão de declaração conforme a constituição, das leis de bioética, foi que o mencionado princípio passou a ser integrado ao *Code civil*, em 2004, pelo artigo 16º: “La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l’être humain dès le commencement de sa vie”.⁷⁶ Doravante, o princípio da dignidade da pessoa humana ganhou uma dimensão autônoma e assim tem sido compreendido em relação aos demais preceitos constitucionais, conforme se vislumbra na *Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999*, do Conselho Constitucional, sobre o Pacto civil de solidariedade - onde a dignidade da pessoa humana é proclamada como o princípio de *status* de “forma geral” do sistema jurídico.

Ricoeur (1999) aborda a conceituação pela forma negativa, ante ao indeterminismo da expressão, referindo que o sentimento de injustiça é mais pujante e mais perspicaz – assim, a conceituação de justiça dar-se-ia pela forma negativa, ao atribuir o que seriam as injustiças. Logo, antes de perguntar o que é justiça, faz-se o questionamento do que é injustiça – isso porque, segundo o filósofo, o homem tem uma visão mais clara do que está faltando e a maneira como organizar-se. Em sua lição: “les sens de l’injustice n’est pas seulement plus poignant, mais plus perspicace que le sens de la justice est plus souvent ce qui manque et l’injustice ce qui règne, et les hommes ont une vision plus claire de ce qui manque aux relations humaines que de la manière droite de les organiser” (RICOEUR, 1999, p. 6).⁷⁷ Desta forma, a dimensão negativa de definição pode ser aplicada à dignidade da pessoa humana – pelo homem saber mais claramente quais são os casos de indignidade humana, objetivando precisar onde está a dignidade humana no caso concreto.

Na *Constituição italiana* não resta expressamente reconhecida a dignidade da pessoa humana como princípio limite. Sua aplicação tem acontecido pelo Tribunal Constitucional italiano, com fundamentação no artigo 2º da Constituição, que reza serem invioláveis os direitos fundamentais do homem. Assim, o Tribunal tem entendido que qualquer intervenção, inclusive legislativa, que atente contra os direitos inalienáveis da pessoa humana desatende à essência dos valores supremos sobre os quais se funda a

conforme definido pela Declaração de 1789, confirmada e complementada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946 e os direitos e os deveres estabelecidos na Carta do Meio Ambiente de 2004. De acordo com esses princípios e que a auto-determinação dos povos, a República oferece aos territórios ultramarinos que expressam a vontade de aderir a eles novas instituições fundadas no ideal comum de liberdade, igualdade e fraternidade e concebido tendo em vista a sua evolução democrática”. Tradução livre. Texto original: “Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu’aux droits et devoirs définis dans la Charte de l’environnement de 2004. En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d’outre-mer qui manifestent la volonté d’y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l’idéal commun de liberté, d’égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique”.

76 A lei assegura a primazia da pessoa, proíbe qualquer atentado à dignidade e garante o respeito do ser humano, desde o início da vida.

77 Tradução livre: “O sentimento de injustiça não só é mais pungente, mas mais perspicaz do que o senso de justiça é mais frequentemente do que está faltando e reinado que a injustiça, e os homens têm uma visão mais clara do que está faltando em relações humanas e da maneira certa para organizar”.

Constituição. Veja-se a redação dos artigos 2º e 3º do Código Constitucional de 1947 da Itália: “2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. 3. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della repubblica rimuovere gli ostacoli, che, limitando di fatto la libertà e l’egualianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.⁷⁸

Diante de uma breve análise da dignidade humana nestes países, conclui-se que, para fins teóricos, dentre eles, ruma-se a fins de consensualidade em vários pontos, pelo menos em um plano abstrato. Entretanto, a dificuldade é efetivar no caso concreto tudo isso, já que não se pode pairar em uma análise pura sempre, este princípio deve ser objeto de uma profunda pesquisa de faticidade, haja vista não ser incoerente tratar da dignidade humana como um ato intelectual puro, porquanto estar localizada na essência da existência humana em sua historicidade. Porém, a realidade social integrará sempre o seu contexto. Logo, a história na qual busco a elucidação é a minha história, a história na qual busco interpretar é a minha compreensão, a minha existência – a qual se incorpora nesta forma de dizer a dignidade humana. Isso porque, enquanto teoria, a dignidade da pessoa humana encontra pontos consensuais, pelo menos mínimos, entre pesquisadores de quase todos os países, como visto. Agora, em julgamentos de casos complexos, isso não parece tão fácil, uma vez que os termos indeterminados terão de ser destinatários de atribuição de sentidos e concretizações. Aqui, a dificuldade se aflora. Então, a dignidade da pessoa humana poderá ser argumento do sim e também argumento do não – hipótese que merece este repensar através do *juízo da dignidade da pessoa humana* aqui defendido, objetivando que, a partir do caso concreto, se diga a dignidade humana naquela particular especificidade individual, não servindo para tudo.

Por esta percepção é que os critérios filosóficos definidores de dignidade humana passaram a ser dignidade humana perante o caso particular – efetivando o Estado Democrático, ou seja, o acontecer do sentido prenunciado pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal brasileira. Com efeito, desvelada far-se-á, traduzindo-se concretamente em resposta à situação fática – *na e pela* linguagem –,

78 Tradução livre: “2 A República reconhece e garante os direitos do homem por invioláveis, como indivíduo e grupos sociais em que ele expressa sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres obrigatórios de solidariedade política e economia social. 3 Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política, pessoal e condições sociais. É dever da República remover os obstáculos que limitam a liberdade e igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a participação efetiva de todos os trabalhadores no desenvolvimento político, econômico e social do país”.

chegando-se a um destino da resposta de dignidade humana de sentidos também práticos, dotados de faticidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade humana, enquanto em um plano abstrato-teórico-geral, encontra argumentos variados, mas que seguem um mínimo universal. Neles, a citação da Constituição Federal, do seu artigo 1º, inciso III – assim como da Convenção Americana e demais documentos internacionais em salvaguarda da dignidade humana também são referendados. O grande problema disso tudo é a efetivação no caso concreto. O conceito resolve? Nos chamados “casos fáceis”, resolve-se. Todavia, nos “casos difíceis”, a complexidade na efetivação se aflora, ante ao indeterminismo geral e abstrato da definição de dignidade humana. E o problema não está na definição, aqui elaborada e apresentada como núcleo teórico conceitual – aquele mínimo que já nos chega desvelado. A atenção há de recair sobre o outro mínimo que está por se desvelar: o caso concreto. Tudo isso para que a dignidade humana não sirva como um escudo e como uma espada, ao mesmo tempo, a todo o instante por aí. Uma vez que, quando o jurista vê-se esgotado pelos seus argumentos, já que a linguagem não se desvela sozinha –, ele levanta a espada, ou seja, a dignidade da pessoa humana com objetivos de mostrar força e advertir os inimigos que não o ataquem. Entrementes, em meio ao perigo de uma emboscada, ou mesmo um ataque noticiado – ele maneja o escudo, a dignidade humana, como forma de se proteger das suas próprias falhas compreensivas. Detalhe, no outro lado das muralhas, seu oponente também faz o mesmo – a dignidade humana está como escudo e como espada, servindo pra tudo e todos, em um vazio de significados. Não se pode falar qualquer coisa sobre dignidade da pessoa humana. E ela não serve pra tudo. Ela não é tudo. As muralhas não existem.

Por esta razão que se reprisou que a compreensão dos critérios kantianos do núcleo conceitual faz-se com um mínimo já desvelado, prestando-se como significantes embaixadores da coerência a ser estabelecida com o outro mínimo a se desvelar: caso concreto, nesta ponte a ser construída, nesta *fusão de horizontes* , neste diálogo da Filosofia com o Direito, do teórico com o prático. Portanto, se o núcleo conceitual de dignidade do ser humano parte da filosofia com um mínimo entificado – é porque um mínimo já está desvelado, ou seja, já se compreendeu pela sua existência. Dessa maneira, caso a compreensão não suspenda seus pré-juízos e os use como experiência para definir esta noção de dignidade, entificando o que já está desvelado por Kant, consequentemente, este vir à fala projetar-se-á como uma falsa filosofia, contaminando a estrutura que interpreta,⁷⁹ que usa o argumento de sua autoridade como uma *hete-*

79 Não se está formando um manual de dignidade humana, tampouco um método que ensine o jurista a inserir uma premissa maior em uma menor para que, logo, conclua o produto resultante da operação e, com isso, a dignidade apareça em um interpretar por etapas, ainda, com citações jurisprudenciais no mesmo sentido. Esta proposta traz uma

ronomia, já que não contemplador do princípio da humanidade. Por isso, a partir de Kant e para além dele – ao estabelecer este mínimo entificado a ser desocultado pelo caso fático, em uma hermenêutica também de faticidade, quando o intérprete também é historicidade: o momento da fusão de horizontes entre o juízo da dignidade da pessoa humana e o caso concreto.

Então, o núcleo conceitual de dignidade humana é: pessoa (*homo noumenon*), moral (reino dos fins), autonomia (liberdade) e respeito (humanidade). Este é o mínimo desvelado, já com seus significantes, que aguarda o caso concreto para, só a partir dele, responder ao juízo da dignidade da pessoa humana, para se chegar ao outro mínimo a se desvelar, prestando atribuição de sentido e, com efeito, encontrando o destino, seus significados: a compreensão do que é a dignidade humana naquele caso concreto. O atuar destes critérios faz-se em conjunto, em correlação um com o outro e com o mundo.

A dignidade humana existe sob a análise integral dos critérios. Na prática, o núcleo conceitual não é pronto e acabado, porque falta o outro mínimo a se desvelar, pelo juízo da dignidade da pessoa humana. Assim, só irá se ter a resposta do que é dignidade humana na efetividade daquele caso concreto – com a fusão de horizontes a ser mediada pelo intérprete. Que não será a mesma em outros casos. Portanto, o *juízo da dignidade humana global* - são algumas perguntas a serem dialogadas com o caso concreto, situando o intérprete de historicidade e facticidade, entre significantes e significados, entre o que já lhe chega desvelado e ao que se tem por desvelar. Dessa forma, os significados da dignidade da pessoa humana naquele caso concreto poderão não ser idênticos a outro caso particular – sim, as pessoas são diferentes ontologicamente, os casos também poderão ser, porquanto haverá o respeito às diferenças, combatendo as desigualdades. Então, tem-se um mínimo universal (núcleo conceitual teórico abstrato e geral) e outro mínimo trazendo as características do caso concreto (desveladas pelo juízo da dignidade da pessoa humana global) onde quer que ele esteja – nesta fusão de horizontes, que tem como destino a compreensão da dignidade da pessoa humana no caso particular-concreto e individual.

A dignidade da pessoa humana global há de ser concebida como um valor, uma qualidade suprema a ser perseguida pela humanidade, sendo a razão de toda ordem político-jurídica transnacional e transcultural que se organiza como um núcleo comum de valores morais que possam ser universalizáveis. Destarte, a dignidade é o que cada pessoa humana tem em comum para com as outras, em qualquer parte do mundo, com mínimos desvelados e mínimos compreensivos a se desvelarem, onde ela é significativa e também significado, onde tem-se diferenças, mas que não se traduzem por desigualdades.

tentativa para se superar que se diga tudo sobre dignidade humana, também, que a aplique sem sentido algum – prestando-se com algo que se tenha como um escudo e uma espada.

BIBLIOGRAFIA

- CANOTILHO, J. J. G.. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- _____. ; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- HÄBERLE, P. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. SARLET, I. W. (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- HABERMAS, J. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução Maria Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006.
- JUNGES, J. R. A concepção kantiana de dignidade humana. In: *Revista Estudos Jurídicos* 40(2): 84-87 julho/dez: São Leopoldo, 2007.
- KANT, I. *Crítica da Razão Prática*. Lisboa: Edições 70, 1986.
- _____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.
- _____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1988.
- _____. *Metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2004. v.1.
- KLEIN, Z. *La botion de dignité dans la pensée de Kant et de Pascal*. Paris: Vrin, 1968.
- MARQUES, M. A dignidade humana como prius axiomático. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, Vol. IV.
- MIRANDA, J. *A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais*. Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- _____. ; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NEVES, A. C. *A Revolução e o Direito*. Lisboa: Separata ROA. 1976.
- NUNES, L. A. R. *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.
- PÉREZ, J. G. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.
- PINTO, P. M. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal-Brasil ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- RICOEUR, P. Le juste entre légal et le bom. In: *Esprit*, septembre, 1999.
- ROCHA, C. L. A. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. In: *Revista Interesse Público*. Ano 1. n° 4, out/dez. São Paulo: Notadez, 1999.
- ROLLA, G. El principio de la dignidad humana. Del artículo 10 de la constitución española al nuevo constitucionalismo iberoamericano. In: *Persona y derecho*, 49, 2003.
- ROSEN, M. *Dignidade: sua história e significado*. Trad. André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.
- SARLET, I. W. (Org). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SILVA, J. A.. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, M. G. *Esboço de uma concepção personalista do Direito*. Lisboa: Almedina, 1965.
- VILLALÓN, P. C.; FALCÓN, J. P. Los Derechos Fundamentales en La Constitución Española de 1978. *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, n. 97, 2001.

3.

OS DIREITOS HUMANOS E O VALOR-PRINCÍPIO FRATERNIDADE: UMA NOVA PERSPECTIVA RELACIONAL E JURÍDICA

Olga Maria Boschi Aguiar De Oliveira

Geralda Magella De Faria Rossetto

RESUMO: A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) é um Tratado de expressão regional, com influência internacional, adotado pelos países-membros da Organização dos Estados Americanos, subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos (1969), em São José da Costa Rica, da qual o Brasil foi um dos signatários. Referido tratado encontra-se firmado na esfera das instituições democráticas enquanto afirmação dos direitos humanos essenciais, fundado nos atributos da pessoa humana, nacional ou não, e tem como propósitos, em síntese: um regime de liberdade pessoal e de justiça social, a justificar uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar oferecida pelo direito interno dos Estados americanos. Munido dessa compreensão, este tem como objetivo examinar o Valor-Princípio Fraternidade e sua relação com os Direitos Humanos, centrada nas Declarações de Direitos, inclusive a CADH, destacando-se os deveres do Estado e os direitos a serem protegidos. Para tanto, propõe-se identificar os fatores históricos que permitiram a recepção dos princípios de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, que romperam com as bases políticas, econômicas, religiosas e sociais do sistema feudal na Europa. Nesse contexto, as Revoluções Americana e Francesa contribuíram para uma nova concepção de vida e de mundo, marcando as primeiras Declarações de Direitos Humanos. Porém, a importância dada aos Direitos Individuais Fundamentais pelas Revoluções Americana e Francesa, a prestigiar os princípios da liberdade e da igualdade, favoreceram o esquecimento da Fraternidade, a qual se reinventa na contemporaneidade enquanto Valor-Princípio Fraternidade, que pode proporcionar uma nova perspectiva relacional e jurídica, sobretudo, aplicada aos Direitos Humanos, que dá notoriedade as jurisprudências de cunho internacional, algumas delas examinadas neste estudo pela pertinência com a temática.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Iluminismo; Valor-Princípio Fraternidade; Jurisprudência Internacional.

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2. A influência do Iluminismo sobre os movimentos revolucionários; 3. Os Direitos do Homem na Revolução Americana e os Direitos do Cidadão na Revolução Francesa: o fundamento e a razão do Valor-Princípio Fraternidade; 4. A contemporaneidade e os Direitos Humanos: a força dos documentos internacionais, jurisprudência internacional e a lição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) assegurada pelo Valor-Princípio Fraternidade; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O tema da Fraternidade, ainda que presente desde sempre na história humana, começou a ganhar certa notoriedade, do ponto de vista histórico, sobretudo com a Revolução Francesa. Desde então, a categoria, como objeto da ciência, foi ganhando expressão, movimento, lugar e destaque, e já detém reconhecimento, inclusive nos tribunais brasileiros.

Apesar de pouco difundida e das confusões que lhes dedicam o senso comum teórico, inclusive do jurista, a comparação com a Solidariedade é quase uma regra, ainda que equivocada, conforme defende alguns fraternalistas, uma vez que não são palavras sinônimas, pois existe uma diferença de significado entre ambas.

A Solidariedade é um valor social que incorpora a necessidade de ajudar, assistir, apoiar as pessoas em casos específicos de necessidade, podendo apresentar vários modelos de ajuda, ou seja, de agir com o próximo/semelhante.

Para o biólogo holandês Frans de Waal, a Solidariedade enquanto cooperação também é explicada pela Biologia, afirmando que pesquisas recentes sobre os animais de espécies superiores, de primatas e elefantes, a ratos, mostraram que os comportamentos de cooperação e de solidariedade têm um fundamento biológico, conforme explicitado em seu livro *A Era da Empatia – Lições da natureza para uma sociedade mais gentil* (2010). Inclusive afirma que

[...] Estamos de certa forma cada vez mais próximos de nos tornar uma sociedade absolutamente desprovida de solidariedade, em que um grande número de pessoas podem contar que receberão um tratamento injusto. Conciliar essa tendência com os bons e velhos valores cristãos, como a preocupação com os pobres e os doentes, talvez pareça uma causa perdida (Waal, 2010, p. 17).

Além disso, é possível mencionar ainda que a Solidariedade aplicada a Biologia, também pode se referir à dependência orgânica entre as células.

Por outro lado, Emile Durkheim, em sua obra *Da Divisão Social do Trabalho*, ao discorrer sobre a coesão social, ou melhor, dizendo sobre o grau de consenso produzido entre os indivíduos, apresenta o conceito de Solidariedade Mecânica e Solidariedade Orgânica.

Assim, a Solidariedade Mecânica é uma característica presente nas sociedades primitivas ou arcaicas, formadas por agrupamentos humanos de tipo tribal e composta por clãs, onde os indivíduos que a integram compartilham das mesmas noções e valores sociais tanto no que se refere às crenças religiosas como em relação aos interesses materiais necessários a subsistência do grupo (Cf. Durkheim, 1999).

A Solidariedade Orgânica predomina nas sociedades ditas modernas ou complexas do ponto de vista da maior diferenciação individual e social, sendo que este conceito

deve ser aplicado às sociedades capitalistas. Além de não compartilharem dos mesmos valores e crenças sociais, os interesses individuais são bastante distintos e a consciência de todos os indivíduos é mais acentuada. Durkheim concebe as sociedades complexas como grandes organismos vivos, onde os órgãos são diferentes entre si - que neste caso corresponde à divisão do trabalho -, mas todos dependem um do outro para o bom funcionamento do ser vivo (Durkheim, 1999).

A categoria Solidariedade também é conhecida na área jurídica, por exemplo, no Código Civil brasileiro⁸⁰, no capítulo que trata das obrigações solidárias, que são classificadas em: a) Solidariedade Ativa (artigos 267 a 274); b) Solidariedade Passiva (artigos 275 a 285). Ou seja, esta forma de Solidariedade é utilizada para designar o vínculo jurídico que se estabelece entre os credores ou entre os devedores que se apresentam solidariamente em uma obrigação, cada um deles com direito ao total da dívida, onde cada credor pode exigir - ou cada devedor é obrigado a pagar -, integralmente a prestação objeto daquela obrigação.

Destaca-se ainda que a Solidariedade – independentemente de seus vários significados -, não implica a idéia de uma efetiva/concreta paridade entre os diferentes indivíduos, ou seja, a Solidariedade não estabelece uma dimensão de reciprocidade, pois de acordo com Baggio, ela “[...] permite que se faça o bem aos outros embora mantendo uma posição de relação vertical que vai do forte ao fraco” (2008, vol.1, p.22).

Sem a preocupação de cometer algum tipo de equívoco, consideramos que na categoria Solidariedade os indivíduos de maneira geral, se colocam em uma posição vertical em relação ao Outro, numa posição carinhosa, generosa, caridosa, humanitária, principalmente em situações de marginalização, intolerância religiosa, racial e de gênero, bem como em situações de calamidade pública, como exemplo, em situações de enchentes, terremotos, maremotos, desastres ambientais, guerras, conflitos armados, dentre outros.

Entretanto, em relação à categoria Fraternidade - que abordaremos em tópico específico -, é possível afirmar que compreende uma nova forma de relacionalidade pessoal e coletiva (dimensão relacional), a ser exercida por meio de uma vivência fraterna, uma vez que todas e todos os indivíduos fazem parte de uma única família humana, onde o indivíduo se coloca em uma posição horizontal com o Outro, em uma espécie de compromisso que permite reconhecer e respeitar as diferenças e a dignidade presente em todos os seres humanos.

Por outro lado, temos ainda a dimensão jurídica da categoria Fraternidade, enquanto princípio, presente desde o início do Constitucionalismo moderno, quando algumas Constituições Ocidentais, de forma direta ou indireta começaram a inserir a

80 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Fraternidade, ora como valor, ora como princípio, promovendo a utilização da seguinte terminologia: Valor-Princípio Fraternidade.

É, pois, salutar que se passe a incorporar neste estudo, o Valor-Princípio Fraternidade -, somado aos Direitos Humanos e aos documentos internacionais, que especificamente abarcam a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), e de que dá conta o acervo da jurisprudência de cunho internacional, como também, a Constituição da República Federativa do Brasil, para que tais instrumentos possam acolher e fornecer um novo arranjo jurídico, político e social para uma real e efetiva proteção e defesa dos Direitos Humanos.

Com vistas a isso, é imprescindível revisitar a trajetória da Fraternidade, de forma a entender porque a categoria tem merecido diversos estudos e pesquisas. As bases históricas da categoria Fraternidade enquanto conceito filosófico está diretamente vinculado aos valores de Liberdade e Igualdade. Porém, foi com os acontecimentos políticos e sociais ocorridos na França entre os períodos de 05 de maio de 1789 e 09 de novembro de 1799, conhecidos mundialmente como Revolução Francesa, que o lema “Liberdade, Igualdade, Fraternidade” passou a ser difundido a partir de uma dimensão política, possibilitando a incorporação desses valores como princípios universais que influenciaram a criação de instituições e ideais no mundo ocidental moderno, e que passaram a prover as bases favoráveis para a dimensão relacional e jurídica da Fraternidade enquanto Valor-Princípio.

Entretanto, se faz necessário compreender as várias teorias que foram utilizadas na tentativa de explicar todos os acontecimentos que antecederam a Revolução Francesa, a qual está situada dentro de uma contextualização histórica denominada Idade Média, que tinha no feudalismo as bases do sistema político, econômico e social presente nos países europeus - século IV depois de Cristo até o século XV -, caracterizado pela forte desigualdade social causada principalmente pelo privilégio de algumas classes sociais na divisão de terras, pela escravidão e a intolerância.

O feudalismo tinha como características o poder limitado dos Estados, que estavam subordinados tanto ao poder religioso, quanto ao poder dos senhores feudais, em que pese o fato de que, à ocasião, a fonte de poder mais importante centrava-se na propriedade, a qual também delimitava o modelo político, legislativo, executivo e econômico.

A sociedade feudal (de base estamental) e classista era constituída pelo clero, nobreza, senhores feudais, camponeses e servos, sendo que a desigualdade social estava diretamente relacionada com a posição que cada classe ocupava na estrutura, de acordo com sua participação na mesma, impedindo a identificação de um princípio que possibilitasse uma igualdade real entre os diferentes indivíduos.

Convém destacar que nesse período a legislação ou o denominado Direito feudal apresentava características gerais, com ausência da legislação escrita e formal, baseada nas relações pessoais e na propriedade fundiária. Era a terra, o melhor símbolo da riqueza, enquanto a figura do Estado era de concepção abstrata.

A concentração de poder na Igreja e nos Estados estava vinculada a uma política de centralização e burocratização. O costume era a fonte mais importante do antigo Direito europeu. O Direito Consuetudinário sofreu profundas modificações podendo-se destacar alguns aspectos: os diferentes costumes locais e regionais, a independência das cidades, o Direito nacional consuetudinário único (*Common Law*), a influência do Direito romano e a tendência a registrar por escrito os costumes.

Como a sociedade da Idade Média organizava-se através de estamentos ou ordens, a noção que possuía de Direito Subjetivo era conceituada como privilégio, com a igualdade presente somente na hora da morte, segundo aponta a doutrina. Além disso, os países do Ocidente possuíam um sistema de administração da justiça, fragmentado e de acordo com as necessidades da então sociedade agrária e militar.

Com o fim do século XI, a sociedade europeia ocidental deixa para trás a estrutura feudal e agrária arcaica que caracterizava a alta Idade Média. As transformações alinhadas às grandes descobertas e ao progresso que se iniciava apresentavam uma organização política que tinha como símbolo principal a monarquia absolutista dando início a era moderna.

Por mais que tenha sido longo e árduo o caminho empreendido, não foi senão com o desenvolvimento e com a sua própria história, que a humanidade descobriu a Fraternidade, em outra dinâmica de vida e de relações. Para se chegar ao Valor-Princípio Fraternidade é fundamental a compreensão dos fatores históricos que sustentaram os valores princípios de Liberdade, Igualdade e Fraternidade fixados pela Revolução Francesa de 1789, e, em contrapartida, o enfrentamento das crises, guerras, embates políticos, de forma a obter a difusão de uma cultura relacional da Fraternidade. É do resultado dessa caminhada que nasce (u) o Valor-Princípio Fraternidade, conforme a lição de Oliveira (2018, 2019), tendo como matriz a sua dimensão relacional e jurídica.

2. A INFLUÊNCIA DO ILUMINISMO SOBRE OS MOVIMENTOS REVOLUCIONÁRIOS

De acordo com Michelet é possível destacar dois grandes fatos ou dois atores a influenciar a história e os fatos desse período, ou seja, o Cristianismo e a Revolução, afirmando que ambos

[...] concordam no sentimento da fraternidade humana. Esse sentimento, nascido com o homem, com o mundo, comum a toda sociedade, não deixou de ser estendido, aprofundado pelo cristianismo. Por sua vez, a Revolução filha do cristianismo, ensinou-o para o

mundo, para toda raça, para toda religião que o sol ilumina. Aí está toda a semelhança. E eis a diferença: A Revolução funda a fraternidade no amor do homem pelo homem no dever mútuo, no Direito e na Justiça. Essa base é fundamental, e não tem necessidade de nenhuma outra. Ela não buscou para esse princípio certo um duvidoso princípio histórico. Não motivou a fraternidade em um parentesco comum, uma filiação que, do pai aos filhos, transmitiria com o sangue a solidariedade do crime (1989, p.43).

Além das fortes desigualdades sociais, destacam-se também os conflitos e guerras religiosas que a partir do século XVI começaram a se espalhar pela Europa dentro do contexto intitulado Reforma Protestante. Em relação à Inglaterra a conversão ao protestantismo foi relativamente tranquila, sendo que Henrique VIII não teve grandes problemas para instituir o anglicanismo como religião oficial, inversamente daqueles ocorridos na França onde houve conflitos sangrentos.

Apesar de todas as mudanças que envolveram a unidade da Igreja medieval, a posterior ascensão do absolutismo e as futuras grandes descobertas não foram suficientes para diminuir o poder exercido pelo cristianismo dogmático que também sobreviveu à Idade Média, pois, embora o significado dos dogmas cristãos fosse às vezes questionado, não era possível questionar os próprios dogmas (Caenegem, 1995, p. 35).

Nesse período o Direito também sofria as influências da crise sócio-econômico do mundo agrário e feudal gerando um conflito nas estruturas jurídicas e nas concepções dessa sociedade, destacando-se que na França o campesinato compreendia 80% de sua população, eram livres, e às vezes, proprietários de terras (Hobsbawm, 1996, p. 17).

Todos esses acontecimentos apontavam para a crise política, econômica, social, religiosa e cultural enfrentada pelo povo Francês. Era o período do Rei Luis XV (1744-1754). Destacam-se neste período importantes pensadores, a exemplo de Charles de Secondat - Barão de Montesquieu (1689-1755), George Luis Leclerc - Conde de Buffon (1707-1788), François Marie Arouet-Voltaire e (1694-1778), que publicaram nesse curto intervalo suas obras, enquanto Jean Jacques Rousseau (1712-1778) iniciava a sua (Michelet, 1989, p.66).

Assim, abriram-se os caminhos aos novos pensadores numa época de transformações em que os filósofos e economistas lançaram dúvidas e interpretações sobre os acontecimentos pautados em uma profunda crise social e política. “Montesquieu escreve, interpreta o Direito, Voltaire chora e grita pelo Direito. E Rosseau o funda” (Michelet, 1989, p. 70).

Os empecilhos para o desenvolvimento de um Direito uniforme, baseado em Códigos Nacionais com características diferentes do Direito feudal e, praticado nos países europeus na Idade Média mudaram a partir das influências do Iluminismo - um amplo movimento europeu que assumiu uma atitude crítica diante das ideias e da sociedade do *ancien régime* em geral (Caenegem, 1995, p. 117).

As críticas feitas pelos pensadores do Iluminismo ao Direito feudal e a busca de um novo Direito com base na razão humana estavam fundamentadas em quatro situações, a saber:

Em primeiro lugar, na desigualdade diante da lei, que era mantida pelo sistema político dos estados, com seus privilégios fiscais para as ordens da nobreza e do clero e o acesso limitado ao cargo público. Em segundo lugar nas limitações às pessoas e à propriedade; a servidão ainda existia, enquanto várias restrições feudais e corporativas refreavam a atividade econômica. Liberdade e igualdade eram, portanto, exigências essenciais tanto nos programas políticos dos déspotas esclarecidos quanto na Revolução Francesa. Em terceiro lugar, havia crítica às intervenções arbitrárias e imprevisíveis da Coroa e a exclusão da participação popular (em particular a do terceiro estado) nos assuntos políticos. Por fim, havia a crítica à predominância da Igreja e à intolerância religiosa que muitos consideravam uma relíquia de um passado obsoleto (Caenegem, 1995, p. 118).

Para o Iluminismo a vida de uma sociedade deveria estar associada a sua realidade e não subordinada a valores e prioridades transcendentais. Suas teorias defendiam o acesso universal dos melhores bens para todos os cidadãos e, o caráter desumano de muitos aspectos da vida pública também foi criticado.

Na França, a República, única e indivisível, tinha interesse em estabelecer um Código único para todo o país. A nacionalização do Direito fazia-se à custa tanto do *ius commune* cosmopolita quanto dos costumes particulares locais.

A Revolução Francesa vai conseguir consagrar na prática as ideias de Liberdade e Igualdade, que vão permitir a derrubada da estrutura social à época, e “[...] que representou não só a realização dos ideais iluministas, como também sua elaboração teórica, evidenciando os impasses e a necessidade de ultrapassar aquele marco filosófico” (Grespan, 2008, p. 10).

Por isso, a nova codificação feita pelos Estados Nacionais apresentava um papel de destaque neste contexto de evolução do Direito na Idade Média ao tentar efetivar direitos negados até então aos indivíduos.

O Iluminismo com sua multiplicidade de ideias utilizou a liberdade de criticar e apontou também para as soluções, apresentando um aspecto revolucionário de contestação teórica e prática, uma vez que se desenvolvia dentro de um contexto de revolução real, ou seja, no âmbito das Revoluções burguesas ocorridas principalmente na Inglaterra do século XVII⁸¹ (1640 e 1688) e, posteriormente, nas Revoluções Americanas (1776) e Francesa (1789). Tratou-se assim, de refutar e recusar o absolutismo monárquico como forma de governo, associada à tirania e a usurpação dos direitos tradicionais do povo (Grespan, 2008, p. 19).

81 A Revolução Puritana de 1640 e a Revolução de 1688 fazem parte do mesmo processo revolucionário. Foi uma das primeiras manifestações da crise do Antigo Regime- *Ancien Régimen*- (forma absolutista de governo). É considerada uma das primeiras revoluções burguesas da Europa.

Além disso, cabe destacar também a influência dos fatores intelectuais da filosofia dos pensadores Iluministas, que pela sua importância permitiram a rejeição dos velhos dogmas e das tradições especialmente religiosas, colocando “o homem e seu bem-estar no centro de suas preocupações” (Caenegem, 1995, p. 129).

Portanto, na definição dos direitos e de sua usurpação o Direito natural foi fundamental, já que concebia “[...] tais direitos como próprios do ser humano por sua natureza, e não como algo concedido pelas leis de um governo ou mesmo de uma determinada sociedade” (Grespan, 2008, p. 19), assegurando-se assim, o direito de rebelião ou revolução.

Importante ressaltar que na Idade Média Cristã o Direito natural apresentava conotações religiosas e era identificado como uma lei distinta das leis humanas sendo que aquela não podia ser transgredida pelos homens, enquanto que na era moderna formou-se uma nova concepção de Direito Natural diferente em vários aspectos,

[...] com um corpo de princípios básicos dos quais o Direito positivo deveria ser diretamente derivado: era um Direito natural aplicado. A moderna Escola do Direito natural recusava derivar seus princípios de sistemas externos, como o Direito divino ou o *Corpus iuris*. Através do estudo racional e da crítica da natureza humana, os autores dessa escola procuravam princípios evidentes e axiomáticos [...]. O primeiro grande expoente da moderna Escola do Direito natural foi Hugo Grotius (Caenegem, 1995, p. 120).

Hugo Grotius (1583-1645), um dos principais teóricos do Direito natural moderno, introduz o Direito Internacional laicizado com característica claramente naturalista, sendo que, a partir da laicização do Direito, e sob a influência do contratualismo, do racionalismo, do liberalismo e do iluminismo que o Direito conseguiu perder a sua justificativa anterior, baseada no poder espiritual. A esse respeito Pilau acrescenta que “os direitos do homem derivaram da necessidade de declará-los em documentos escritos, atribuindo certo grau de segurança aos indivíduos, o que foi complementado pela lei, que submete o Estado ao Direito” (2003, p. 30).

Neste contexto, as Revoluções Americanas de 1776 e a Francesa de 1789 irão contribuir para a construção dos futuros Direitos Humanos, a partir de uma nova concepção de mundo e da vida, tendo por fundamento o Liberalismo⁸² que passou a ser a ideologia da sociedade burguesa e capitalista. Mas foi o período das Revoluções representado pela crise do Antigo Regime absolutista, que romperá a unidade do sistema colonial imposto pelos países europeus, principalmente a Inglaterra, por meio da Revolução Americana e, posteriormente com os acontecimentos que vão possibilitar o movimento em direção à Revolução Francesa.

82 O liberalismo surgiu como oposição às monarquias absolutas e seu regime econômico o mercantilismo. A idéia liberal que se insurgiu contra o poder absoluto dos monarcas era de natureza essencialmente política. No final do século XVIII, a idéia dominante entre as elites intelectuais era o liberalismo. O sopro da liberdade política e econômica mudou a humanidade. Começaram a cair as monarquias absolutas; advém a separação entre a Igreja e o Estado; surge nos EE.UU. o primeiro regime constitucional (Stewart Jr., Donald.1990, p.19-20).

3. OS DIREITOS DO HOMEM NA REVOLUÇÃO AMERICANA E OS DIREITOS DO CIDADÃO NA REVOLUÇÃO FRANCESA: O FUNDAMENTO E A RAZÃO DO VALOR-PRINCÍPIO FRATERNIDADE

A denominada Revolução Americana⁸³ de 4 de julho de 1776, é resultado da proclamação da Independência das Treze Colônias do Continente Americano (América do Norte), que eram controladas pela Inglaterra (Grã-Bretanha), no século XVIII, onde, pela primeira vez na história da expansão europeia, uma Colônia tornava-se independente do país dominante por meio de um ato revolucionário.

A colonização imposta pela Inglaterra sobre as colônias da América do Norte iniciou-se em 1607 e por volta de 1732 já haviam sido formadas as treze colônias americanas. Esse processo de colonização moderna foi imposto pelos países europeus a todos os povos colonizados da África, América, Ásia e Oceania, e significou também a “[...] prática da escravidão e desenvolvimento do tráfico de escravos bem como na negação do exercício dos direitos e das liberdades fundamentais aos povos sujeitos ao regime colonial” (Fernandes, 2004, p. 27).

O contexto da Declaração de Independência das Treze Colônias Americanas, de acordo com Driver, está relacionado com a transformação sofrida pelo Império Britânico ao final “[...] das Guerras Franco-Índigenas (a Guerra dos Sete Anos⁸⁴) em 1763” (Driver, 2006, p. 9). Porém, o aumento de tributos não parou por aí e em 1765 é sancionada a Lei do Selo (*Stamp Act*).

As manifestações dos colonos americanos contra a Lei do Selo tinham uma razão de ser, não apenas ao aumento dos tributos, mas principalmente porque de toda a literatura publicada à época - os panfletos -, eram a forma mais peculiar utilizada como meio de comunicação.

Os panfletos vão surgindo em maior número com a crise de 1760 e 1770, trazendo para a opinião pública esclarecimentos sobre os eventos e conflitos da relação de dependência da Colônia americana com a Inglaterra, e buscavam retratar e expressar ideias que foram fundamentais para o processo de independência das treze colônias.

O Parlamento inglês não desistiu de continuar buscando formas de aumentar as taxas e tributos sobre as Colônias, surgindo assim em 1767, as denominadas *Townshend Act*. De acordo com Driver, a proposta “[...] reduzia os impostos sobre a terra na Grã-Bretanha de 20 para 15%, e aumentava as taxas alfandegárias sobre produtos britâni-

83 A Constituição Americana foi escrita em 17/09/1787. É considerada a primeira Constituição escrita da História Ocidental Mundial, aonde se consignaram os direitos individuais dos cidadãos, se definiram os limites dos poderes dos diversos Estados e do Governo federal, bem como o sistema de equilíbrio entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

84 A denominada Guerra dos Sete anos entre Inglaterra e França, no período de 1756 à 1763, permitiu que os ingleses enquanto vencedores tomassem parte do Império Colonial Francês, especialmente as terras que correspondiam as treze colônias americanas, impondo aos colonos o pagamento dos custos da guerra.

cos básicos importados pelos americanos, tais como vidro, chá, papel, tinta e chumbo” (2006, p. 14).

Apesar da revogação da Lei do Selo em 1766 e das Leis *Townshend* em 1770, um novo conflito político e econômico surge no contexto das relações com os colonos americanos e a Inglaterra, agora com a promulgação da Lei do Chá em 1773, a qual dava o monopólio do comércio do chá à Companhia das Índias Orientais e, permitia que os excedentes do chá fossem vendidos nas colônias, ocasionando protestos contra a importação e boicotes.

O incidente conhecido como a Festa do Chá (*The Boston Tea Party*), foi considerado um dos estopins da Revolução Americana, pois a reação da Inglaterra resultou concretamente em medidas severas de repressão contra os colonos americanos, por meio das denominadas Leis Intoleráveis (*Intolerable Acts*).

Após a promulgação das Leis Intoleráveis, o conflito entre a Inglaterra e as treze Colônias americanas se agrava, principalmente devido ao envio de tropas inglesas para conter os protestos e as manifestações públicas. O processo de Independência está em curso, e com o objetivo de enfrentar a Coroa Britânica, os colonos americanos decidem realizar na Filadélfia o I Congresso Continental, que ocorreu em 12 de setembro de 1774, com a presença de delegados de todas as colônias, à exceção da Geórgia (Driver, 2006, p. 17).

Nesse clima de insatisfação os colonos americanos se reuniram no II Congresso Continental na Filadélfia, no período de 1775 a 1776, e George Washington da Colônia da Virgínia foi nomeado para comandar as tropas americanas. Porém, havia ainda certa indecisão por parte dos colonos americanos em continuar submissos à Coroa Britânica ou lutar pela independência.

Quando da convocatória do II Congresso Continental na Filadélfia, John Hancock foi escolhido como presidente. Os governadores ingleses começaram a voltar para a Inglaterra e alguns foram feitos prisioneiros. “A guerra já havia começado, e o Congresso tornou-se efetivamente o governo central das colônias unidas” (Driver, 2006, p. 19).

No panfleto o “Senso Comum”, Thomas Paine fazia críticas severas à monarquia, que contribuíram para o fortalecimento dos acontecimentos que levariam à Independência das Colônias americanas, quando começaram a elaborar suas próprias Constituições entre 1776 até 1780. Nesta fase a Revolução Americana se depara com a aplicação dessas ideias, e com suas implicações, limites e possibilidades nas redações das primeiras Constituições estaduais.

Apesar da importância dada aos Direitos Individuais Fundamentais as Constituições estaduais ao concluírem suas redações em 1780, deixaram ainda algumas exceções pendentes, a exemplo do direito de voto que apesar de sua ampliação ainda permanecia

restrito a quem possuísse terras, sendo também pré-requisito para a ocupação de cargos públicos (Driver, 2006, p. 69).

Em 4 de julho de 1776, após um ano de debates, o II Congresso Continental aprova o texto da Declaração de Independência que foi redigido por Thomas Jefferson, John Adams e Benjamin Franklin, inspirado nas ideias do Iluminismo francês e de filósofos ingleses como John Locke e David Hume.

Antes de redigir o texto da Declaração de Independência em 1776, Thomas Jefferson já havia escrito o Preâmbulo da Constituição da Virginia e, George Mason a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 01 de julho de 1776. Ambos foram influenciados pela Revolução Inglesa ocorrida no século XVII, que foi marcada pela Declaração de Direitos da Inglaterra de 1689 ou Carta de Direitos (*Bill of Rights*), que rompeu com a monarquia baseada no catolicismo, e que era conhecida nas Colônias americanas (Driver, 2006, p. 38).

Na redação da Declaração de Independência, Thomas Jefferson apresentou uma proposta americana de liberdade que estipulava o Direito das Colônias Americanas de se tornarem estados livres e independentes e desvinculados da Coroa Inglesa, rompendo-se assim, toda e qualquer união política com a Inglaterra, a partir de “[...] uma tendência mundial de rejeitar a centralização do poder em monarquias hereditárias” (Driver, 2006, p. 43).

É importante destacar o papel histórico exercido pela Declaração de Independência das Colônias americanas que não reivindicava os mesmos direitos dos cidadãos ingleses, mas apresentava elementos que reforçavam a independência. A Declaração de Independência foi dividida em cinco partes, apresentando a seguinte estrutura: uma Introdução (primeiro parágrafo); um Preâmbulo; o Corpo principal, dividido em dois: uma lista de Agravos e uma Descrição das tentativas de solução e uma Conclusão.

O texto da Introdução de maneira geral pode ser aplicado a todos os povos oprimidos e classifica os colonos americanos como povo, deixando claro que não se trata de discutir uma guerra civil, mas sim um conflito entre duas nações separadas. No Preâmbulo estão presentes os princípios iluministas do governo e também o direito de revolução, expressando ideais políticos e não a realidade social. Nem as mulheres nem os negros eram partícipes dos direitos inalienáveis desse manifesto. Além disso, a sociedade colonial americana era “[...] altamente estratificada, nem mesmo os católicos tinham direito a voto, embora pudessem possuir terras” (Driver, 2006, p. 44).

Fernandes ao referir-se sobre a Declaração de Independência assevera que a mesma [...] proclamou a igualdade de todos os homens [brancos], aboliu o sistema da herança inalienável e da primogenitura, consagrou o direito de voto [só para os homens brancos] e a separação da Igreja e do Estado e legitimou a formação dos primeiros movimentos de libertação dos escravos (2004, p. 37).

O reconhecimento da Independência das Treze Colônias americanas, agora denominadas de Estados Unidos da América, concretizou-se por meio de uma Lei Internacional, ou seja, do Tratado de Versalhes, assinado em Paris no dia 3 de setembro de 1783, ficando estabelecido que o território ficasse compreendido entre os Grandes Lagos, os rios Ohio e Mississipi e os Montes Apalaches, definindo-se também os territórios da França e da Espanha (Driver, 2006, p. 68).

Além disso, as lideranças políticas voltavam a sua atenção para os seus Estados e, assim o Congresso Continental da Filadélfia que tinha “[...] atuado como um Governo Federal desde a época de sua formação, não tinha qualquer autoridade para fazê-lo e precisavam criar uma base legal para a sua existência e atividade” (Driver, 2006, p. 70-71).

Depois de várias discussões e debates foi convocado o Congresso da Confederação, que recebeu autorização para revisar os Artigos da Confederação, que iriam culminar na redação da nova Constituição.

Assim, a Constituição Americana, também chamada de Carta dos Direitos dos Estados Unidos da América, foi votada em 17 de setembro de 1787. É formada pelas dez primeiras Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América que são designadas de Declaração dos Direitos (*Bill of Rights* de 1789), por apresentarem os Direitos Individuais Fundamentais do cidadão perante o poder do Estado. Sua aprovação foi feita pelo primeiro Presidente americano George Washington em 1789. Após sua ratificação pelos onze Estados entrou em vigor em 15 de dezembro de 1791.

A referida Constituição consagrou a liberdade de opinião e de expressão, o direito de possuir e usar armas, as garantias judiciárias, e a interdição de buscas sem mandato judicial. Não foi apenas isso, pois os textos da Declaração da Independência, da Constituição Americana e da Declaração dos Direitos “[...] constituem as bases do primeiro Estado republicano, de direito e democrático da época Moderna, e são a garantia dos direitos e liberdades dos cidadãos norte-americanos [...]” (Fernandes, 2004, p. 37).

As exceções aos Direitos de liberdade e igualdade ainda eram visíveis mesmo após a promulgação da Constituição Americana. Lamentavelmente, por exemplo, as mulheres americanas só iriam conquistar o direito ao voto em todos os Estados americanos, a partir da aprovação da 19ª. Emenda Constitucional de 1919.

Em relação à escravidão dos negros a situação não foi diferente sendo tema de discussões e muitas controvérsias. Abraham Lincoln assina em 1 de janeiro de 1862, o Ato de Emancipação (*Emancipation Proclamation*), abolindo a escravidão nos EUA e, em decorrência, foram libertados 4 milhões de escravos negros. Entretanto, apenas em dezembro de 1865, o Congresso Americano proibiu oficialmente a escravidão através da 13ª. Emenda Constitucional⁸⁵.

85 A abolição da escravidão nos Estados Unidos da América, não significou uma abolição institucionalizada imediata da

Apesar de todos os esforços daqueles que contribuíram com suas ideias para a elaboração do texto da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, da influência concreta do racionalismo, do conservadorismo iluminista e, de todos os acontecimentos que levaram à Revolução Americana, a nova nação independente reconhecida internacionalmente, não conseguiu materializar de forma mais eficaz e universal a valorização dos princípios de liberdade e igualdade, discriminando as mulheres, as crianças, os negros e os índios, focando seus objetivos na propriedade, na felicidade e segurança, deixando de lado a própria fraternidade em seu sentido originário, ou, no entender deste estudo, elevada à condição de Valor-Princípio Fraternidade.

Neste momento, toma-se por base o sentido ideal da fraternidade, presente na Revolução Francesa, indicado como valor originário, de forma a elevar sua difusão, paulatinamente, a uma cultura de fraternidade. Ora, foi à longa trajetória da humanidade, o enfrentamento de suas crises, guerras e questões políticas, que, em sua reparação, lança mão de uma vivência fraterna, que fez toda a diferença na vida humana e em suas instituições.

A esse respeito Lubich adverte que a história da Humanidade é uma redescoberta, lenta e penosa da fraternidade universal (2015, p. 177). Então, conforme assevera Oliveira⁸⁶, tem-se a presença do Valor-Princípio Fraternidade, que será logo em seguida analisado.

Os historiadores, quanto aos fatos que deram origem à Revolução Francesa, não possuem uma visão única, eis que vários elementos contribuíram para os acontecimentos que culminaram com a Revolução, principalmente a desigualdade social, que afetava a maioria da população francesa de origem camponesa e o predomínio das relações de servidão.

A insatisfação popular, o ideal Iluminista que rejeitará os antigos dogmas e as tradições religiosas e os fundamentos do Direito natural, levaram os indivíduos a buscar outras formas de combater os privilégios, os poderes do clero, da nobreza e do soberano, em meio a uma crise financeira, na qual “[...] a estrutura fiscal e administrativa do reino era tremendamente obsoleta, e a tentativa de remediar a situação por meio das reformas de 1774-76 fracassaram” (Hobsbawm, 1996, p. 18).

Além disso, o envolvimento da monarquia francesa na Revolução Americana que levou à Independência das treze colônias controladas pela Coroa Inglesa, e os privilégios

escravatura, só a partir de 1868 com a redação do artigo 14 da emenda constitucional, os negros obtiveram direitos iguais aos homens brancos, e dois anos depois com a redação do artigo 15 em 1870, é que foram garantidos aos negros a igualdade de direito eleitoral. Igualdade esta não plenamente concretizada, pois tardiamente apenas em 1967 e que foram anuladas as últimas leis que proibiam os casamentos mistos entre brancos e negros.

86 A respeito da categoria Valor-Princípio Fraternidade, em relação a seu conceito, adoção e indicação, a autora Oliveira, O. M. B. A. de., foi quem primeiro a utilizou, como Professora na Universidade Federal de Santa Catarina, e paulatinamente, em eventos internacionais (ocorridos em outubro de 2018 no Chile, e em Lisboa em dezembro de 2018, em suas palestras, bem como no Artigo publicado na Revista da ASRDT, Ano 1 – Nº 1 – Porto Alegre, HS Editora, 2019, p. 248-266. Por tal razão a referida expressão é de sua autoria, a qual, conforme é de se antever, na esfera dos estudiosos da temática, autores há que a tem incluído em seus estudos, cujo exemplo se tem no presente artigo.

fiscais concedidos ao clero e a nobreza, além das despesas do Estado para manter o luxo da Corte, elevaram a dívida pública que “[...] equivalia a 600 milhões de dólares, e as receitas mal chegavam para pagar os juros acumulados” (Fernandes, 2004, p.122).

Para enfrentar a crise sócio-econômica e resolver parte dos problemas financeiros relativos à falta de receitas e *déficit* público, o rei Luis XVI convoca uma Assembleia de Notáveis, composta por representantes da nobreza e do alto clero, com o objetivo de persuadi-los a pagar impostos (Grespan, 2008, p. 78).

Porém, a situação ficou difícil, pois o Rei quis impor as reformas contrariando a Assembleia de Notáveis, contribuindo para as agitações populares que não deixou alternativa a não ser, “[...] convocar os Estados Gerais, a velha Assembléia feudal do reino, enterrada desde 1614” (Hobsbawm, 1996, p. 18-19).

A Assembleia dos Estados Gerais realizada em Versalhes, foi instalada em 5 de maio de 1789, depois de 175 anos da sua última reunião, ou seja, após quase dois séculos, e a estrutura social francesa havia mudado muito. A importância da burguesia⁸⁷ era agora incomparavelmente maior e ela não queria se sujeitar a ter a mesma representação que a aristocracia e o clero.

Depois de mais de um mês de discussões e sem nenhuma resolução o Terceiro Estado decidiu, em 17 de junho de 1789, proclamar-se Assembleia Nacional. Segundo Grespan “[...] tratava-se realmente de discutir profundamente a estrutura social e política da França, dotando-a de uma Constituição que limitasse o poder absolutista do monarca” (2008, p. 82).

A criação da Assembleia Nacional Constituinte teve por inspiração os acontecimentos que levaram à Revolução Americana, que resultou na Declaração de Independência das treze colônias americanas, servindo assim como um modelo para enfrentar os poderes do Rei e do Clero.

Neste cenário o povo continuava unido e fazendo manifestações. Os revolucionários utilizaram como *slogan* os valores de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Segundo Michelet, nos primeiros momentos da Revolução,

A jovem liberdade francesa, quando abriu os olhos para o dia, quando disse a primeira palavra que arrebatava toda criatura nova: *Eu sou!*, nesse momento mesmo seu pensamento não ficou limitado ao *eu*; ela não se encerrou em uma alegria pessoal, mas estendeu ao gênero humano sua vida e sua esperança; o primeiro movimento que fez no berço foi abrir braços fraternos. *Eu sou*, disse ela a todos os povos, ó meus irmãos, sereis também! Foi seu glorioso erro, sua fraqueza, tocante e sublime: a Revolução, é preciso reconhecê-lo, começou por amar tudo (1989, p. 21).

87 A burguesia era composta por comerciantes, banqueiros, industriais, profissionais liberais e artesãos. A partir do século XVIII, seu poder econômico começou a se fortalecer à medida que as instituições do sistema feudal começam a ser superadas.

A Assembleia Nacional Constituinte reuniu-se em 9 de julho de 1789, para elaborar uma nova Constituição para a França, o que significava que o monarca deixaria de ser o senhor absoluto. Os grupos sociais envolvidos com a ação revolucionária tinham a expectativa de que a Assembleia dos Estados Gerais e depois a Assembleia Nacional Constituinte, conseguiriam as reformas necessárias para melhorar a sua condição de vida e abolir a forma antiga de sociedade.

O resultado mais importante da mobilização a cargo dos revolucionários foi a queda da Bastilha, uma prisão estatal que simbolizava a autoridade da monarquia absoluta, e que foi tomada em 14 de julho de 1789, marcando a derrota do despotismo e da arbitrariedade, da inquisição eclesiástica e burocrática, influenciando movimentos similares nas províncias e no campo, com os camponeses invadindo castelos e outras propriedades da nobreza.

Devido às pressões populares e preocupados com o levante dos camponeses, os representantes da nobreza apresentaram moções à Assembleia Nacional Constituinte que, reunidos em 4 de agosto de 1789, decidiram abolir formalmente os Direitos feudais, inclusive a servidão.

Em meio a todos estes conflitos a Assembleia Nacional Constituinte, em 26 de agosto de 1789, proclama o seu manifesto formal por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que consagra: o respeito pela dignidade das pessoas; liberdade e igualdade dos cidadãos perante a lei; direito à propriedade individual; direito de resistência à opressão política e a liberdade de pensamento e opinião.

Ao comentar o sentimento presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, Michelet destaca que

Não se tratava de maneira nenhuma de uma Petição de Direitos, como na Inglaterra, às liberdades, verdadeiras ou falsas, da Idade Média. Não se tratava como na América, de ir buscar, de Estado em Estado, os princípios que cada um deles reconhecia, de resumi-los, generalizar, e com eles construir, a *posteriori*, a fórmula total que a federação aceitaria. Tratava-se de apresentar do alto, em virtude de uma autoridade soberana, imperial, pontifical, o *credo* da nova era. Qual autoridade? A Razão, discutida por todo um século de filósofos, de profundos pensadores, aceita por todos os espíritos e penetrando nos costumes, fixada enfim, formulada pelos lógicos da Assembléia Constituinte. Tratava-se de impor como autoridade à Razão o que a razão descobrira no fundo do livre exame. A Declaração dos *Direitos* atesta o Ser Supremo, garantia da moral humana. Ela respira o sentimento do *dever*. Do Direito é que era preciso falar, em tal momento [de direito e de liberdade], o Direito é que era preciso atestar, reivindicar para o povo. Acreditara-se até então que ele tinha apenas *deveres* (1989, p. 210-211).

É possível observar que o texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão apresenta no seu início duas dimensões: uma que contempla o homem como sujeito dos Direitos Naturais e a outra do cidadão como sujeito dos Direitos Políticos

e, sobre quem se constitui a soberania do Estado, consagrando assim, a visão liberal da sociedade (Grespan, 2008, p. 104).

Para aliviar a pressão dos camponeses sobre os deputados constituintes, a Assembleia decide confiscar as terras que estavam na posse do clero. Porém as tentativas de leiloar as terras não prosperaram, então foram vendidas em lotes cujos preços ficaram inacessíveis para os camponeses. Deste modo, “[...] quem se beneficia do confisco são os grandes proprietários, aristocratas e burgueses. A tensão no meio rural se agrava e novos levantes ocorrem em 1790 e 1791” (Grespan, 2008, p. 86).

A Assembleia Nacional Constituinte não conseguia controlar a situação. Em junho de 1791 o monarca e sua família tentam fugir, mas são reconhecidos por populares sendo obrigados a retornar. São momentos de grande agitação até que os deputados constituintes concluíram o texto da Constituição de 1791.

A Constituição de 1791 consagrou: a igualdade jurídica entre os indivíduos; o fim dos privilégios do clero e da nobreza; a liberdade de produção e de comércio; a proibição de greves; a liberdade de crença; a separação do Estado da Igreja; a nacionalização dos bens do clero e a criação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Os Direitos do cidadão estavam principalmente relacionados com o sistema eleitoral de sufrágio censitário e capacitário e na distinção entre cidadãos ativos (eleitores) e cidadãos passivos (não eleitores). O Direito de voto foi concedido “[...] apenas àqueles que pagassem um imposto direto equivalente a três dias de salário, e limitava aos cidadãos com determinadas posses o direito eleitoral passivo para cargos de certa importância” (Fernandes, 2008, p. 42).

Após a proclamação da Constituição de 1791, a Assembleia Nacional Constituinte encerra seus trabalhos, elege o novo corpo legislativo e é então substituída pela Assembleia Nacional, estabelecendo-se na França a Monarquia Parlamentar. Cabe lembrar, que os deputados eram escolhidos pelo voto censitário que estava nas mãos de uma parte da burguesia privilegiada e da aristocracia liberal, ou seja, os denominados cidadãos ativos – os eleitores.

Tal situação traduzia-se em descontentamento por parte do povo, pois o poder não estava mais na monarquia absoluta, mas sim, no despotismo dos homens do dinheiro, dos setores tradicionais da nobreza e de uma parte do clero que continuava conspirando, numa tentativa de restaurar o antigo regime.

O clima era de insegurança para as monarquias europeias que estavam preocupadas com os acontecimentos ocorridos na França. Em 1792, os exércitos da Áustria e da Prússia invadem a França e a Assembleia Nacional declara a guerra em 20 de abril de 1792, exatamente “[...] contra as potências estrangeiras que queriam estabelecer o antigo regime na França” (Grespan, 2008, p. 90), ocasionando uma segunda Revolução.

A vitória das tropas francesas na Batalha de Valmy, em 20 de setembro de 1792, consegue propiciar uma nova força aos revolucionários e a monarquia é derrubada. É o fim da monarquia absoluta e o início da República. São realizadas eleições pela Assembleia Nacional, sendo eleito o órgão que agora irá governar a França a denominada Convenção Nacional “[...] provavelmente a mais notável Assembleia da história do parlamentarismo - e a conclamação para a resistência total aos invasores” (Grespan, 2008, p. 35).

Entretanto, a nova forma de governo não se referia mais ao resgate dos Direitos naturais, mas buscava realizar outra Revolução. Ou seja,

[...] a Independência Americana serve de fonte para outra inspiração: o que havia sido conquistado no Novo Mundo era a prova de que um governo republicano seria factível na época moderna e em um país de grande população e territórios [...]. Ainda mais, demonstrava-se com o exemplo dos Estados Unidos que a melhor sociedade possível era a constituída apenas pelo terceiro Estado, sem aristocracia de espécie alguma. Na República francesa, a vontade geral devia ser expressada melhor em eleições com participação mais ampla do povo. Assim, a primeira providência republicana devia abolir esse sistema eleitoral e estabelecer critérios mais abrangentes, anulando a distinção entre cidadãos passivos e ativos (Grespan, 2008, p. 90-91).

Uma das primeiras decisões da Convenção Nacional foi abolir formalmente a nobreza, o que significou eliminar todas e quaisquer distinções hierárquicas entre os homens, pois agora seriam todos iguais perante a lei. Porém, a posse das terras continuava nas mãos da burguesia e da aristocracia, excluindo e impedindo os camponeses de adquirir de terras. Como consequência, as discussões sobre a definição de igualdade persistiam.

Os deputados acreditavam no caráter sagrado da propriedade e continuavam permitindo a sua concentração, levando a uma distinção entre ricos e pobres, que acabava de certa forma mantendo a desigualdade social presente entre a nobreza e os camponeses. Portanto, o objetivo não era a abolição da propriedade privada, mas sim uma melhor distribuição.

Em dezembro de 1792, a Convenção Nacional decide levar a julgamento o Rei Luís XVI, o que acaba resultando na divisão das duas alas da Convenção, com os girondinos tentando salvar o rei, enquanto os mais radicais pediam sua condenação e execução, o que acabou ocorrendo em 21 de janeiro de 1793.

A insatisfação popular ainda era grande, pois não havia um controle dos preços, alguns salários eram muito altos e as mercadorias oferecidas pelos comerciantes tinham preços elevados, o que acabou originando um movimento contra-revolucionário. Diante dessa situação a Convenção Nacional decide em abril de 1793, criar o Comitê de Salvação Pública e o Tribunal Revolucionário.

Durante o governo de Robespierre foi promulgada a nova Constituição da República de junho de 1793, que conseguiu incorporar alguns artigos os quais pretendiam dar maior assistência e defesa aos pobres. A Constituição de 1793 assegurava o direito ao voto (apenas para os homens maiores de idade); o direito de rebelião; a extinção da escravidão negra nas colônias francesas⁸⁸; o direito ao trabalho e a subsistência; o bem comum e a felicidade de todos.

Nesse período Robespierre enfrentava conflitos com todas as forças políticas, e sem apoio do povo foi preso e guilhotinado em 27 de julho de 1794, junto com seus adeptos, sem julgamento. “[...] Foram executados, e o mesmo ocorreu apenas alguns dias depois com 87 membros da Revolucionária Comuna de Paris” (Hobsbawm, 1996, p. 47).

A partir de então a Convenção Nacional passou a ser controlada pelos políticos que representavam os interesses da alta burguesia (banqueiros, grandes empresários e comerciantes), que tiveram como tarefa a elaboração da nova Constituição, ou seja, a terceira da Revolução e a segunda da República.

A Constituição de 1795 deu continuidade ao regime republicano que foi controlado pelos membros do Diretório no período de 1795 a 1799, firmando o controle político da burguesia, em meio ao descontentamento da população mais pobre que tinha pela frente a alta dos preços, a inflação e a corrupção.

De acordo com Hobsbawm,

Às rápidas alternâncias de regime – Diretório (1795-99), Consulado (1799-1804), Império (1804-14), a restaurada Monarquia Bourbonn (1815-30), a Monarquia Constitucional (1830-48), a República (1848-51) e o Império (1852-70) – foram tentativas para se manter uma sociedade burguesa, evitando, ao mesmo tempo, o duplo perigo da República Democrática Jacobina e do Antigo Regime (1996, p. 50).

Napoleão Bonaparte ao assumir o governo em 1799, através de um golpe de estado, realizou várias reformas administrativas, promulgou o Código Civil em 1804, ratificou a redistribuição de terras, reformulou o sistema tributário fundando o Banco Francês. Realizou também obras públicas, como por exemplo, a drenagem dos pântanos, a construção de pontes e redes de estradas e canais. Além disso, instalou escolas públicas elementares em todas as cidades francesas e fundou uma escola normal em Paris para preparação de professores.

Na visão de Hobsbawm, Napoleão Bonaparte foi um homem brilhante, inteligente, versátil, ambicioso, racionalista e

[...] a maioria de suas idéias talvez todas foram previstas pela Revolução e pelo Diretório; sua contribuição pessoal foi fazê-las um pouco mais conservadoras, hierárquicas e auto-

88 A inclusão da extinção da escravidão negra nas colônias francesas pela Constituição de 1793, serviu de inspiração para os negros do Haiti, possibilitando assim, a Revolução Haitiana de 1794, que durou até 1804, quando então foi abolida a escravidão.

ritárias. Mas seus predecessores apenas previram; ele realizou. Os grandes monumentos de lucidez do Direito francês, os Códigos que se tornaram modelos para todo o mundo burguês, exceto o anglo-saxão, foram napoleônicos. A hierarquia dos funcionários - dos baixos postos até os prefeitos -, das cortes, das universidades e escolas foi obra sua. As grandes carreiras da vida pública francesa, o Exército, o funcionalismo público, a educação e o Direito ainda têm formas napoleônicas (1996, p.56).

O legado de Napoleão Bonaparte e de todos os mitos construídos em torno dele, foram importantes para história da França, pois “[...] foi o homem da Revolução, e o homem que trouxe estabilidade” (Hobsbawm, 1996, p. 56). Apesar de todas as suas conquistas, ele foi o responsável por destruir: “a Revolução Jacobina, o sonho de igualdade, liberdade e fraternidade, do povo se erguendo na sua grandiosidade para derrubar a opressão” (Hobsbawm, 1996, p. 57).

Mesmo depois de encerrado o período napoleônico, a Liberdade e a Igualdade foram mantidas - ora como princípios, ora como valores. Porém, na Constituição de 1848, na de 1946 e, na atual Constituição francesa de 1958, incorporou-se a Fraternidade em sua dimensão de valor e base principiológica, resultando na perspectiva Valor-Princípio Fraternidade incorporada à Liberdade e a Igualdade, como princípios da República francesa, fazendo surgir às bases necessárias para influenciar o pensamento e a história da Humanidade.

Baggio afirma que os princípios-deveres da Liberdade e Igualdade foram desenvolvidos depois de 1789, transformando-se em categorias políticas, enquanto que o princípio da Fraternidade foi esquecido, deixado de lado (2009, vol.2, p. 9).

Permanecem em primeiro plano a liberdade e a igualdade [...] que, de algum modo, estão integradas entre si no seio dos sistemas democráticos. Liberdade e igualdade conheceram, assim, uma evolução que as levou a se tornarem autênticas categorias políticas [...]. A idéia de fraternidade não teve a mesma sorte. Enfim, o pensamento democrático a respeito da fraternidade manteve-se em silêncio (Baggio, 2008, Vol.1, p.8-9).

Desta maneira, a (re) descoberta do Valor-Princípio Fraternidade apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais ainda enfrentados pelas democracias ocidentais na atualidade.

Na verdade, as democracias deram alguma eficácia aos princípios da liberdade e da igualdade, mas é evidente para todos que esses princípios estão muito longe de sua plena realização. A fraternidade [...] no decorrer da história, foi adquirindo um significado universal, chegando a identificar o sujeito ao qual ela pode referir-se plenamente: o sujeito ‘humanidade - comunidade de comunidades’ - o único que garante a completa expressão também aos outros dois princípios universais, a liberdade e a igualdade (Baggio, 2008, Vol.1, p. 14 e 21).

Cabe esclarecer, que a Fraternidade em sua dimensão relacional é um valor que deve ser vivenciado permitindo o exercício de uma vida digna para todas e todos os

indivíduos, e que deve fazer parte da consciência de cada um de nós. De mais a mais, a Fraternidade é um valor universal, reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, que em seu Artigo 1º declara que: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas as outras com espírito de fraternidade”.

Por outro lado, esta dimensão relacional da Fraternidade, enquanto valor, não está sozinha. Junto a ela, se coloca sua dimensão jurídica como princípio inserido em várias Constituições modernas⁸⁹. Por isso, entende-se que a Fraternidade pode ser nominada como um Valor-Princípio. Para Cunha, “a Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade são assim três estrelas de cintilante luz no firmamento da nossa existência valorativa: são estrelas-guias” (2014, Tomo LXIII, nº 334, p. 23).

Em vista disso, o Valor-Princípio Fraternidade, segundo uma dimensão relacional e jurídica, necessita ser vivenciado com responsabilidade, um dever do cidadão para com outro cidadão, do cidadão para com a comunidade, com a participação do Estado, de forma que,

[...] A vivência da fraternidade é a que tornará possível a transformação das estruturas sociais, contribuirá para a formação de uma nova cultura que coloque em relevo a riqueza das relações humanas, de modo que possamos compreender que neste século XXI o grande bem a ser agregado aos demais se trata do bem relacional. (Veronese & Oliveira, 2011, p. 21).

Ou seja, deve ser um compromisso de todos os seres humanos e, de instituições públicas e privadas - sejam nacionais ou mesmo internacionais -, que atuam em uma sociedade livre e plural para com o alargamento e concretização da Liberdade e da Igualdade, uma vez que o Valor-Princípio Fraternidade pode facilitar e ampliar a concretização de uma plena cidadania.

Liberdade sem Igualdade é libertinagem, e ditadura do mais forte; Igualdade sem Liberdade é totalitarismo, e ditadura do mais forte de novo. [...] Qualquer das duas sem a Fraternidade é parca, incompleta, e mesmo as duas precisam, para bem dialogarem entre si, da mediação fraterna (Cunha, 2014, p. 27).

É possível afirmar que as ideias dos Iluministas, os movimentos revolucionários, as primeiras Declarações de Direitos e algumas das Constituições modernas ocidentais, contribuíram para o surgimento do Constitucionalismo moderno, bem como dos Direitos Humanos, na busca incessante da Humanidade pela concretização de Direitos com base nos valores princípios de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, como garantidores da dignidade da pessoa humana, em uma busca que precisa

89 A partir dos séculos XIX e XX, algumas Constituições ocidentais começaram a incluir de forma direta ou indireta a Fraternidade, citando-se, por exemplo: a Constituição dos Estados Unidos Mexicanos de 1917; as Constituições francesas de 1848, de 1946 e da atual de 1958; a Constituição de Portugal de 1976, a Constituição da Espanha de 1978, a Constituição Federal do Brasil de 1988, dentre outras.

orientar-se a partir de uma dimensão relacional e jurídica, tendo como guia mestra o Valor-Princípio Fraternidade.

4. A CONTEMPORANEIDADE E OS DIREITOS HUMANOS: A FORÇA DOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS, JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL E A LIÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (CADH) ASSEGURADA PELO VALOR-PRINCÍPIO FRATERNIDADE

Este ponto do presente estudo propõe expor, os seguintes aspectos: a proteção dos Direitos Humanos na contemporaneidade, no âmbito interno e no âmbito internacional, composto pelo sistema global e pelos sistemas regionais, de que dão voz a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, bem como apresentar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), destacando a importância da categoria Fraternidade, cuja base assenta-se nas primeiras revoluções modernas - americana e francesa -, e que segue, nos dias atuais revestida da força e orientação do Valor-Princípio Fraternidade.

Com efeito, apesar de pouco difundida, a categoria Fraternidade vem recebendo reconhecimento em decisões de alto nível de complexidade, inclusive nos Tribunais Superiores brasileiros⁹⁰, quando a injustiça parece ser a regra, e necessita ser corrigida.

A Fraternidade sempre acompanhou a história humana⁹¹, e sua contribuição também pode ser identificada nos estudos de Direitos Humanos, nas novas Tecnologias da Informação e Comunicação, na área da Saúde, na Ciência Política e, na Ciência do Direito, propriamente dita, para citar alguns exemplos, galgando cada vez mais adeptos, e servindo de motivação para muitas decisões judiciais, como sói ocorrer com a proteção dos Direitos Humanos da criança, quando, exatamente, senão por seus efeitos (o da Fraternidade), a injustiça poderia ser a regra.

90 Os Acórdãos seguintes dão conta de que a categoria da fraternidade tem sido reconhecida em diversos julgados perante o STJ, tais como, HABEAS CORPUS Nº 110.687 - GO (2019/0094503-0), HABEAS CORPUS Nº 483.373 - SP (2018/0330112-2), HABEAS CORPUS Nº 489.721 - SP (2019/0014305-7), HABEAS CORPUS Nº 490.782 - SP (2019/0024383-7), HABEAS CORPUS Nº 505.075 - MG (2019/0110265-0), HABEAS CORPUS Nº 513.680 - RS (2019/0160344-7), RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 114.347 - RS (2019/0174804-0), com relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, como também, HABEAS CORPUS Nº 479.631 - SP (2018/0307204-5), do Ministro Ribeiro Dantas; AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.233.511 - SC (2018/0010125-0), RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO; e na esfera do STF, a rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, também já a reconheceu, no RHC Direito Processual Penal – Conflito de competência 146303.

91 “A concepção da fraternidade, assente desde a origem das primeiras civilizações, atravessou o pensamento político moderno e remanesce na atualidade com o propósito de uma fraternidade unitária universal, que se volta para o tema das relações entre as civilizações, da mesma forma que sinaliza em torno de fraternidade diversa, a qual entregue a sua complexidade não afeta a possibilidade de uma fraternidade universal, na medida em que não substitui o ideal da primeira fraternidade, ao contrário, permite-se anunciar a integração de várias fraternidades, capaz inclusive de respeitar e de valorizar as suas próprias diferenças: desde uma fraternidade anunciada por suas características religiosa, política ou filosófica, ou através de uma fraternidade, cujo contexto histórico, se permite revelar em uma outra fraternidade, a qual difundida em conjunto com outros valores, e até mesmo, tendo como marco os princípios da liberdade e da igualdade, ressurge, e como tal, desperta, faz-se jurídica, de onde decorre a sua condição de nova fraternidade” (ROSSETTO, 2013, p. 72).

Outro aspecto importante é o fato de que a categoria Fraternidade tem emprestado contribuição à consolidação da normatividade constitucional. Nesse sentido, Faller aponta que,

[...] não é possível concretizar em maior grau de igualdades e liberdades se não partimos de uma concepção de democracia também considerada como regime político caracterizado pela atuação da sociedade na concretização de seus próprios direitos, a qual deve ser pautada pelo princípio da fraternidade, compreendida como conjugação das relações de pertencimento mútuo e de responsabilidade, como princípio de reconhecimento da identidade e do caráter unitário do corpo social, respeitando cada uma das diferentes multiplicidades (2013, p. 134).

A despeito de introduzir o tema indicado, recorre-se a três categorias, três “forças” vitais, conexas e cujas dimensões permeiam a história dos Direitos Humanos, ou seja, a DUDH e a CADH e, em especial, a concepção contemporânea de Direitos Humanos. Referidos temas não serão contrapostos, e, sim, dispostos, visando dar conta do complexo sistema do processo de internacionalização dos Direitos Humanos, conjugado à multiplicação desses direitos, cada vez mais, marcados pelos aspectos econômicos, tecnológicos, da vigilância e da globalização.

Cabe mencionar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, passou a reconhecer a dignidade inerente a todos os membros da família humana, de seus direitos iguais e inalienáveis, como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, onde se destaca a universalidade dos Direitos Humanos, bem como do espírito de Fraternidade.

O ideal da Declaração, a ser almejado por todos os povos e todas as nações, é o reconhecimento universal da dignidade como valor absoluto do ser humano, um ideal que deve ser mantido à vista de todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, para que se esforcem, pelo ensino e pela educação, para desenvolver o respeito àqueles direitos e liberdades que são decorrentes da dignidade, os direitos humanos, e promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universal (Giacóia Júnior, 2018, p. 42).

Desta forma, enfatiza-se o compromisso global entre todas as nações, para reafirmar os Direitos Humanos e as Liberdades fundamentais de todas as pessoas, sem distinção de raça, gênero, idade, deficiência, condições de mobilidade, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, religião, opinião política, territorialidade, cultura, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou qualquer outra situação. Expressando direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, tendo como princípios gerais, à universalidade, a indivisibilidade, a interdependência além dos direitos de Solidariedade e de Fraternidade.

Nesse sentido, Bobbio revela que os direitos do cidadão não têm fronteiras porque compreende toda a Humanidade, ou, de outro modo, são direitos do Homem

enquanto direitos do cidadão do mundo, o processo a culminar com a Declaração Universal de Direitos Humanos - uma declaração que é tão somente o início de um exaustivo e longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver (2004, p. 50), mesmo que sejamos aptos a vivenciá-lo.

No mais, Bobbio recorre a duas categorias tradicionais – o direito natural e o direito positivo. Os direitos do homem originam-se dos direitos naturais universais, desenvolvem-se em direitos positivos particulares, e passam a condição de plena realização de direitos positivos universais. Inicia na universalidade abstrata, transfigura na particularidade dos direitos positivos e termina na universalidade, não mais abstrata, mas concreta pela concepção dos direitos positivos universais (2004, p. 50).

Ocorre, na atualidade, sobretudo na esfera dos conflitos, inclusive de violações de direitos, segue produtivo operar uma guinada, lançando mão de mecanismos internacionais e regionais de proteção, promoção e defesa de direitos, significativos de uma esfera de proteção interna e internacional, em âmbito global e regional, de que são exemplos, as Declarações e as Convenções de Direitos, a agir no interesse da Humanidade, cuja dimensão relacional e jurídica o Valor-Princípio Fraternidade tem muito a contribuir.

O resultado é uma soma de internacionalização da proteção dos Direitos Humanos e pela coexistência de uma organização geral, e de um sistema especial de sua proteção, que também, se regionaliza, cumprindo uma proximidade que a esfera tecnológica, cada vez mais torna possível sua aproximação e, também, costurada, às duras penas, por infintos processos migratórios, cujo cenário a esfera econômica tem desenhado à custa de pesado sofrimento para as relações humanas, para as questões ambientais e de sustentabilidade, para a privacidade, a imprimir novos contornos na sociedade mundial e global.

Nesse viés, propõe-se corroborar a importância que a jurisprudência internacional tem emprestado ao tema, apesar de transversal, onde não se pode conferir à mesma a condição de marginal, porque o fio condutor das referidas decisões, decorre de sua centralidade, ainda que não exposta diretamente, mas, por seu papel fundamental e norteador, que tem fornecido um precioso destaque em favor da temática.

Não é por outra razão, portanto, que diversas jurisprudências podem ser elencadas visando dar ênfase à Organização dos Estados Americanos (OEA), à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), de forma a assumir o compromisso de interpretação do entendimento jurisprudencial prevalente sobre a compreensão das normas internacionais de Direitos Humanos, como também, universalizar a cultura de direitos e garantias.

Os fundamentos das decisões submetem-se à atualidade, e, também, aos conceitos e redefinições pertinentes aos Direitos Humanos, harmonizando-se na própria

essência desses direitos, para os quais são acrescentadas as vocações, entendimentos e motivações dos respectivos julgadores e de seus julgados, qual seja,

[...] estar conectados à atualidade, à amplitude dos conceitos e, principalmente, ao conhecimento da substância dos direitos humanos, familiarizando-se com as tendências e os entendimentos mais apropriados em relação a tão desafiante e instigador tema. Não se está a cogitar, contudo, que as decisões proferidas em âmbito nacional sejam insuficientes. A questão é mais abrangente e complexa (Lewandowski, 2016, p. 10).

Ademais, o fortalecimento da promoção e proteção dos Direitos Humanos, no presente estudo aposta em decisões comprometidas com a Fraternidade, e, em contrapartida, pretende indicar os fundamentos voltados à justiça, priorizando experiências capazes de elevar, ainda mais, a própria condição da justiça entregue aos jurisdicionados de todo o país. Tal é possível, mediante a valorização do recorte internacional dos Direitos Humanos, a disseminação do embasamento da jurisprudência produzida, a dignidade de cada ser humano como pessoa e a universalidade do convívio.

Em vista disso, os Direitos Humanos requerem apreciação sob um prisma global de permanente evolução. São direitos que chegam aos seres humanos e os tocam, e não simplesmente a uma única pessoa de determinada nacionalidade, credo, raça ou cor. É que a convivência harmônica de todos na “aldeia global” depende de entender certas balizas conceituais, quando naturalmente novos paradigmas de cunho hermenêutico se habilitarão a favor da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo, em que nos desvencilhamos do viés centrípeto do sistema jurídico concentrado na perspectiva positivada por um Estado (Cf. Lewandowski, 2016, p. 10), cujo exemplo, as decisões firmadas com base na Fraternidade detêm um excepcional contributo, sejam essas firmadas de forma direta, central, ou transversal, no caso, não importa.

Convém, nesse ponto, um esclarecimento. A referência que se recorre para o acolhimento do embasamento dessas decisões, nem sempre é sustentada na convencionalidade dos instrumentos internacionais, em que pese a sua adoção expressa usufruir de certa urgência. De qualquer modo, a menção aos Direitos Humanos, por si, garante - ainda que de forma simplificada - uma hermenêutica centrada nos conceitos e fundamentos presentes nos documentos internacionais, e na possibilidade de sua incorporação pela jurisprudência nacional. Obviamente isso não é tudo, mas é sinalizador dessa aptidão que virá a nos socorrer.

Admite-se também a utilização da matéria penal, para ilustrar o quadro que está desenhado. Inicialmente, na seara internacional; na sequência, na dinâmica nacional. Senão, veja-se.

Inicia-se pela jurisprudência internacional, com algumas breves digressões, no tocante a “Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, ou segundo encontra-se indicado, mediante lista de Jurisprudência Internacional, da Comissão

Internacional dos Direitos Humanos, ou ainda, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que inclusive faz jus, destacada obra, de autoria de Paulo Pinto de Albuquerque (2019), cuja seleção das opiniões vai além do cenário europeu, a estabelecer um rico diálogo intercontinental em face do Direito Internacional dos Direitos Humanos, identificando-se as opiniões relativas à violência doméstica e de gênero, a superlotação prisional, a tendência mundial da criminalização da imigração, e os desafios do enfrentamento ao tráfico de pessoas⁹².

Esses casos, constantes da referida obra, servem de anteparo às relações que se estabelecem entre as Cortes Internacionais e o Direito doméstico e, em decorrência, a representatividade que tal exerce na evolução do Direito Internacional, assumindo profunda e significativa relevância, tanto na atuação das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, bem como nas Cortes constitucionais nacionais.

Ora, também segue importante o destaque nos moldes conforme constam distribuídos e em grau de proteção pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), a saber: i) Direito à Integridade Pessoal; ii) Direito à Liberdade Pessoal; iii) Direito à Vida, Anistia e Direito à Verdade; iv) Direitos dos Povos Indígenas; v) Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Discriminação; vi) Liberdade de Expressão; e vii) Migração, Refúgio e Apátridas.

Esses pontos são equivalentes, em termos de temas, tais como contemplados no repositório das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, concernentes ao Direito à Vida e suas implicações, em especial as decisões selecionadas para essa finalidade, decorrentes das jurisprudências nacionais.

Tais decisões servem de suporte para os julgadores, doutrinadores, estudiosos e intérpretes do direito, sob o filtro da jurisprudência que tem na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou até mesmo na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a base e a seleção dessa jurisprudência, com o intuito de permitir o avanço civilizacional que todos anseiam, na perspectiva de se assegurar um tratamento jurídico adequado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Doravante, toma-se em empréstimo, a indicação de um só desses casos, pela brevidade que este estudo impõe, extraídas de um rigoroso exercício que detém embasamento em legislação, atos normativos e decisões relacionadas com os Direitos Humanos, cômicos da importância de não restarem firmados unicamente nos parâmetros

92 Indica-se como referência, uma única sentença, a prolatada no *Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Vs. República Dominicana*, pela representatividade nas violações de direitos relativos a estrangeiros e descendentes de estrangeiros residentes em outros países, entre elas, a proibição de expulsão coletiva de estrangeiros (art. 22.9 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), sobretudo também porque guarda relevância nos deslocamentos forçados, sejam decorrentes de conflitos ou desastres naturais, de que dão conta as questões de sustentabilidade e de biossegurança, com interesse para o Estado Brasileiro, considerando a política atual de acolhimento de estrangeiros, com atenção particular aos refugiados e postulantes de refúgio (Cf. Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 10).

interpretativos da normativa local e, sim, preferencialmente, qualificados como pertencentes a um conjunto interpretativo, seguindo um plano mais abrangente, relativo ao do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pela riqueza da interpretação que as Cortes dos Direitos Humanos oferecem como guardiãs protetivas dos Tratados e Convenções Internacionais.

Pela pertinência, foi destacada uma dentre algumas jurisprudências de cunho internacional, cuja temática é relativa à violência doméstica e de gênero⁹³, retirada dentro de um tema maior - violações do direito à vida, à integridade pessoal e dos direitos da criança, consagrados nos artigos 4, 5 e 19 da Convenção Americana, todos combinados com o artigo 1.1 do referido Tratado, bem como o direito às garantias e à proteção judiciais consagrados nos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, combinados com o artigo 24 do mesmo instrumento, e em relação à obrigação imposta ao Estado no artigo 1.1 - selecionadas a partir do exercício de jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, (porquanto “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “o Tribunal”), nos moldes conforme um dos itens pontuados na doutrina em referência (Albuquerque, 2019), especificamente no “Caso Veliz Franco e Outros vs. Guatemala” (Brasil. Conselho de Justiça, 2016), sentença de 19 de maio de 2014, cujos direitos encontram-se dispostos, em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“a Convenção Americana” ou “a Convenção”), contida na estruturação da sentença, ora referida, a seguir exposta, em síntese, a definir o conteúdo essencial dos Direitos Humanos.

O Caso Veliz Franco e outros contra a República da Guatemala foi submetido à Corte em 03 de maio de 2012. De acordo com o disposto pela Comissão, o caso teve como pressuposto a falta de resposta eficaz do Estado à denúncia formulada em 17 de dezembro de 2001 por Rosa Elvira Franco Sandoval perante o Ministério Público, em que denunciou o desaparecimento de sua filha María Isabel Veliz Franco de 15 anos de idade, bem como, demais erros na investigação dos fatos. A denunciante informou que em 16 de dezembro de 2001, sua filha saiu de casa, às oito da manhã, em direção ao trabalho e não mais regressou. A Comissão indicou a falta de esforços na busca da vítima após a apresentação da denúncia até a descoberta de seu corpo, às 14 horas, do dia 18 de dezembro de 2001. Além disso, assinalou que houve irregularidades na investigação do desaparecimento e posterior morte de María Isabel Veliz Franco, tais como a ausência de diligências por ocasião de seu desaparecimento, falhas na preservação da cena do crime, e deficiências no manejo e na evidência coletada (Brasil. Conselho de Justiça, 2016, p. 17).

93 Conforme se encontra disposto: “A Corte considera que a violência baseada no gênero, isto é, a violência dirigida contra uma mulher por ser mulher ou a violência que afeta a mulher de maneira desproporcional, é uma forma de discriminação contra a mulher, tal como assinalado por outros organismos internacionais de proteção de direitos humanos, como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o CEDAW. Tanto a Convenção de Belém do Pará (preâmbulo e artigo 6) como o CEDAW (preâmbulo) reconheceram o vínculo existente entre a violência contra as mulheres e a discriminação. No mesmo sentido, a Convenção do Conselho da Europa sobre Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e à Violência Doméstica (Istambul, 2011) afirma que “a violência contra as mulheres é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens que conduziram à dominação e discriminação contra as mulheres pelos homens, o que as impediu de progredirem plenamente;”; bem como, que “a natureza estrutural da violência exercida contra as mulheres é baseada no gênero” (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 86-87).

Dentre as considerações da Corte, extraímos alguns aspectos a dar relevância e destaque à defesa dos direitos de gênero⁹⁴, consubstanciados nos pontos seguintes, em resumo: a) o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará se refere a medidas para “prevenir, punir e erradicar” a violência contra a mulher, consubstanciando estreita vinculação com os direitos à vida e à integridade pessoal, conforme artigos 4 e 5 da Convenção Americana; b) para afirmação da competência da Corte, em conexão ao princípio *pro persona*, o sistema de proteção internacional deve ser entendido como uma integralidade, conforme dispõe o princípio consagrado no artigo 29 da Convenção Americana, no qual impõe um marco de proteção, com preferência à interpretação ou à norma que privilegia os direitos da pessoa humana, objetivo angular de proteção de todo o Sistema Interamericano; c) a adoção de interpretação restritiva em relação a competência do Tribunal iria contra o objetivo e o fim da Convenção Americana, e também afetaria o efeito útil desse tratado e da garantia de proteção que estabelece (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p.27).

A despeito da temática da violência de gênero, convêm alguns apontamentos pela expressividade com que constam no caso em exame, a despeito de sua sinalização em relação à Fraternidade e à Solidariedade. As quais, mesmo não estando diretamente vinculadas, fornecem espaço para sua identificação. Nessa perspectiva, o próprio sentido emprestado à violência de gênero, conforme consta do “Caso Veliz Franco e Outros vs. Guatemala”, assim pode ser referido. Senão, veja-se, pontualmente:

a) “A Comissão e a representante afirmaram que o presente caso se insere em um contexto de altos índices de atos de violência contra as mulheres e meninas na Guatemala, assim como de sua impunidade generalizada”; (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 37).

b) “O relatório “Guatemala: Memória do Silêncio” apontou que “as mulheres foram vítimas de todas as formas de violações de direitos humanos durante o enfrentamento armado, mas, além disso, sofreram, de formas específicas, a violência de gênero” (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 37).

c) “A Comissão para o Esclarecimento Histórico chegou à convicção de que a desvalorização da qual as mulheres foram objeto é absoluta e permitiu que elementos do exército pudessem agredi-las com total impunidade e concluiu que, durante o enfrentamento armado interno, os tribunais de justiça se mostraram incapazes de investigar, processar, julgar e punir os responsáveis” (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 37).

94 Conforme consta, do caso em apreço, com vistas “a precisar o grau em que era exigível do Estado considerar a existência de um risco para a menina, e atuar em consequência, como também em relação à atuação estatal na investigação dos fatos, permitirá uma melhor compreensão das alegadas violações, como da procedência de certas medidas de reparação”, e, em tal dimensão, “a Corte recorda que, no exercício de sua jurisdição contenciosa, ‘conheceu diversos contextos históricos, sociais e políticos que permitiram situar os fatos alegados como violações de [direitos humanos] no marco das circunstâncias específicas em que ocorreram’. [...] o contexto possibilitou a caracterização dos fatos como parte de um padrão sistemático de violações dos direitos humanos e/ou foi levado em conta para a determinação da responsabilidade internacional do Estado” (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 37 e 36).

d) “Esta situação persistiu após a finalização do conflito armado, e é refletida atualmente em uma cultura de violência que persiste com o passar dos anos, na qual há um substrato próprio de violência que afeta especialmente as mulheres. Apesar disso, essa violência passou despercebida, entre outras razões, pela falta de quantificação oficial até recentemente, sendo particularmente difícil contar com estatísticas confiáveis que forneçam dados corretos sobre a magnitude da violência perpetrada contra as mulheres na Guatemala. Em consequência, “a ausência quase absoluta de dados separados por gêneros nos documentos oficiais faz com que a violência de gênero seja registrada, em geral, em menor proporção a qual representa na realidade, e, inclusive, frequentemente é apenas refletida” (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 37).

e) “Considerando o exposto, é possível concluir que, dentro do conjunto de mortes violentas de mulheres ocorridas em 2001 na Guatemala, a existência de homicídios por motivo de gênero não era excepcional” (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 41).

f) “Deve-se ressaltar que o Estado, antes e depois dos fatos do presente caso, adotou diversas medidas tendentes a enfrentar a discriminação e a violência contra as mulheres que este Tribunal levará em consideração. Assim, cabe destacar a Lei para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Intrafamiliar, de 28 de novembro de 1996, assim como a Lei contra o Feminicídio e outras formas de Violência contra a Mulher (doravante “Lei contra o Feminicídio”), adotada em 2008” (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 42).

Corroborando, na medida em que o Estado precisa adotar medidas em face de sua população como as acima identificadas com o propósito de enfrentar a discriminação e a violência contra as mulheres, se faz necessário firmar compromissos em uma relação de verticalidade - decorrente de sua condição de autoridade em relação ao cidadão/cidadã. Por sua vez, também se encontra presente diversas relações de cooperação, nascidas de vínculos horizontais, tais como a presença da não discriminação (todas as mulheres), a erradicação da própria violência intrafamiliar, outras formas de violência contra a mulher, de que são representativas, tanto as medidas, como também a proteção garantida pela própria Lei contra o feminicídio.

Propriamente, em relação aos direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, em relação aos direitos da criança, ao direito à igual proteção da lei, de adotar disposições de direito interno e de prevenir, sancionar e erradicar a violência contra a mulher e às obrigações de respeitar, de garantir os direitos sem discriminação, e de prevenir a violência contra a mulher, no caso em exame, a Comissão Interamericana, endossou a avaliação conjunta dessas violações e assinalou que:

a) “[...] a observância do artigo 4 da Convenção, combinado com o artigo 1.1, não só pressupõe que nenhuma pessoa seja privada de sua vida arbitrariamente, mas

também que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida e acrescentou que: a proteção do direito à vida é um componente crítico do dever da devida diligência, por parte dos Estados, para proteger a mulher de atos de violência [e que esta obrigação] pertence a toda estrutura estatal e compreende, igualmente, as obrigações que o Estado possa ter de prevenir e de responder às ações de atores não estatais e particulares” (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 59-69).

b) “Ademais, considerou que os Estados devem ‘contar com um adequado marco jurídico de proteção, com uma aplicação efetiva e com políticas de prevenção e práticas que permitam atuar de maneira eficaz diante de denúncias’. A respeito assinalou que a Convenção de Belém do Pará estabelece obrigações para os Estados de ‘adotar medidas razoáveis e diligentes para prevenir a violência contra mulheres e meninas, independentemente, se ocorrer em casa, na comunidade ou na esfera pública” (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 60).

c) ”Dessa forma, indicou que: Em casos de violência contra mulheres, surge um dever de devida diligência estrita frente a denúncias de desaparecimentos com relação a sua busca durante as primeiras horas e primeiros dias, que exige uma resposta imediata e eficaz por parte das autoridades diante de denúncias de desaparecimento e prevenir adequadamente a violência contra a mulher” (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 60).

d) ”A Comissão manifestou, ainda, que “em casos de violência contra meninas, o dever de proteção estatal, vinculado ao direito à vida, é especialmente rigoroso” (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 60).

e) Também, “Expressou que ‘os Estados têm o dever de assegurar que as meninas sejam encontradas, com a maior brevidade possível, uma vez que os familiares reportam sua ausência. Para isso, devem ativar todos os recursos para mobilizar as diferentes instituições e empregar mecanismos internos para obter informação que permita localizar as meninas com rapidez” (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 60).

f) “No caso particular, afirmou que ‘o Estado tinha o dever reforçado de proteger os direitos de María Isabel Veliz Franco por sua menoridade e obrigação de adotar medidas especiais de cuidado, prevenção e garantia” (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 60).

g) Acrescentou que “isso deriva, por um lado, da obrigação internacional, amplamente reconhecida, de outorgar proteção especial às crianças, devido ao seu desenvolvimento físico e emocional. Por outro lado, relaciona-se com o reconhecimento internacional de que o dever da devida diligência dos Estados para proteger e para prevenir a violência tem conotações especiais no caso de mulheres, em função da discriminação histórica que sofreram” (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 60).

Tomadas essas considerações sobre o viés da Solidariedade e da Fraternidade, tem-se que essas categorias, de acordo com as referências indicadas, tomam alguns significados e redefinições, cuja centralidade enunciativa do conteúdo da jurisprudência da Corte, alusiva ao artigo 1.1 da Convenção, está dirigida na obrigação dos Estados Partes de respeitar, de promover, de defender e de garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades “sem discriminação alguma”, ou seja, revelando uma condição de Solidariedade.

Em seu outro sentido, “Isto é, qualquer que seja a origem ou a forma que assuma, todo tratamento que possa ser considerado discriminatório referente ao exercício de qualquer um dos direitos garantidos na Convenção é, *per se*, incompatível com esta” (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 86), a expressão detém a condição da Fraternidade.

Nas considerações seguintes, Fraternidade e Solidariedade são postas em conjunto, como indicado abaixo:

a) O descumprimento pelo Estado, mediante qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os Direitos Humanos gera responsabilidade internacional. Portanto, existe um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e de garantir os Direitos Humanos e o princípio da igualdade e de não discriminação;

b) O princípio da proteção igualitária e efetiva da lei e da não discriminação, constituem um dado sobressalente no sistema tutelar dos Direitos Humanos consagrado em numerosos instrumentos internacionais e desenvolvido pela doutrina e jurisprudência. Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental da igualdade e de não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*. Sobre ele repousa a estrutura jurídica da ordem pública nacional e internacional e permeiam todo o ordenamento jurídico;

c) Ademais, o Tribunal estabeleceu que os Estados devem se abster de realizar ações que, de qualquer forma, sejam dirigidas, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação *de jure* ou *de facto*. Os Estados encontram-se obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou mudar situações discriminatórias existentes em suas sociedades, em detrimento de determinado grupo de pessoas. Isso implica no dever especial de proteção que o Estado deve exercer com relação às atuações e às práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam situações discriminatórias.

A despeito dos pontos resolutivos da sentença, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso em exame, declarou, por unanimidade, que:

1. O Estado violou seu dever de garantir o livre e pleno exercício dos direitos à vida e à integridade pessoal, consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos direitos da criança, con-

sagrados no artigo 19 da Convenção, e à obrigação geral de garantir os direitos sem discriminação, contemplada no artigo 1.1 do referido tratado, bem como em relação às obrigações contempladas no artigo 7.b) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em detrimento de María Isabel Veliz Franco, nos termos dos parágrafos 132 a 158 da presente Sentença.

2. O Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e o direito à igualdade perante a lei, consagrado no artigo 24 da Convenção, em relação às obrigações gerais contidas nos artigos 1.1 e 2 do referido instrumento e com os artigos 7.b) e 7.c) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em detrimento de Rosa Elvira Franco Sandoval, Leonel Enrique Veliz Franco, nos termos dos parágrafos 178 a 225 da presente Sentença.
3. O Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, combinado com o artigo 1.1 do referido instrumento, em detrimento de Rosa Elvira Franco Sandoval, nos termos dos parágrafos 233 a 242 da presente Sentença.
4. Não procede pronunciar-se acerca da alegada violação do direito à liberdade pessoal, reconhecido no artigo 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos termos do parágrafo 145 da presente Sentença.
5. Não procede pronunciar-se acerca da alegada violação dos direitos da criança, consagrados no artigo 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao andamento da investigação posterior a descoberta do cadáver de María Isabel Veliz Franco, nos termos do parágrafo 226 da presente Sentença (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 115).

Por derradeiro, cabe inferir, em síntese e outras mais disposições, o caráter reparatório, com que a parte dispositiva da sentença acolheu as determinações atinentes, de forma a que o Estado deva: conduzir a investigação e, se for o caso, abrir processo penal correspondente, visando identificar, processar e, se for o caso, sancionar os responsáveis pelas humilhações e privação de vida da criança María Isabel Veliz Franco; publicar, no Diário Oficial da Guatemala e em um jornal de ampla circulação nacional, por uma só vez, o resumo oficial da presente Sentença. Adicionalmente, o Estado deverá publicar, integralmente, a Sentença, nos sítios web oficiais do Poder Judiciário, do Ministério Público, e da Polícia Nacional Civil do Estado durante o período de um ano; realizar um ato de desculpas públicas; em um prazo razoável, elaborar um cronograma de ações para o fortalecimento do INACIF, que inclua uma alocação adequada de recursos para ampliar suas atividades no território nacional e para cumprir suas funções; em um pra-

zo razoável, implementar o funcionamento dos “órgãos jurisdicionais especializados” e da promotoria especializada; em um prazo razoável, implementar programas e cursos para funcionários públicos pertencentes ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e à Polícia Nacional Civil, que estejam vinculados a investigação de atos de homicídio de mulheres, sobre padrões em matéria de prevenção, eventual sanção e erradicação de homicídio de mulheres e capacitá-los sobre a devida aplicação da norma pertinente na matéria; O Estado deve fornecer assistência médica ou psicológica gratuita, de forma imediata, adequada e efetiva, através de instituições estatais de saúde especializadas (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 116).

Esgotadas as observações relativas ao espaço internacional, recorre-se a jurisprudência produzida na seara doméstica, com o propósito de conferir o contraponto à temática⁹⁵, situando-se algumas decisões, conforme anteriormente referidas neste estudo⁹⁶, as quais dão voz e sustentação ao conceito de Fraternidade vinculada aos Direitos Humanos, consoante se depreende do julgado seguinte⁹⁷:

No Habeas Corpus nº 554892 - RO (2019/0385486-2), de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, não foi o mesmo conhecido por ausência de regularidade formal, eis que o HC não é substituto de recurso próprio. Entretanto, configurada na espécie, flagrante ilegalidade, foi concedida a ordem de ofício para determinar que o paciente seja imediatamente colocado em prisão domiciliar para que possa realizar o respectivo tratamento de saúde, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2020).

As razões para tanto, restaram assim determinada:

Ainda sobre o tema, é preciso recordar que a interpretação humanista decorre do acolhimento constitucional da fraternidade como categoria jurídica:

95 Os tribunais brasileiros têm cada vez mais revelado o peso que o tema da Fraternidade tem conferido às decisões, onde a justiça se apresenta quase inalcançável. A não ser pela Fraternidade, ela poderia mesmo restar quase inatingível. O reconhecimento de que ela avança, pode ser observado no esforço seguinte, transcrito do *r. decisum*: “Por outro lado, a proteção da integridade física e emocional dos filhos decorre, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º)”. (Habeas Corpus nº 562452 - SC (2020/0040462-5), (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2020).

96 Ver nota de número 14.

97 De igual forma, sucedeu no Habeas Corpus nº 562452 - SC (2020/0040462-5), de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o qual também não foi conhecido por ausência de regularidade formal, eis que o HC não é substituto de recurso próprio. Entretanto, configurada na espécie, flagrante ilegalidade, foi concedida a ordem de ofício para determinar que a paciente fosse imediatamente colocada em prisão domiciliar, eis que, “Com a Lei n. 13.769/2018 que incluiu o § 3º, no art. 112, na Lei de Execução Penal, passou-se a prever a exigência do cumprimento de 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior, somado a outros requisitos, no caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2020) e, em especial, conforme denota-se: [...] Ainda sobre o tema, é preciso recordar: a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade; b) O princípio da fraternidade é um macro princípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º); c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei n. 13.257/2016 decorre desse resgate constitucional”. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2020).

- a. O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade;
- b. O princípio da fraternidade é um macro princípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º);
- c. O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei n. 13.257/2016 decorre desse resgate constitucional (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2020).

Ocorre que no contexto atual, na seara doméstica, de interesse para o Estado Brasileiro, toma-se como referência, um tema central também afeito à vida, no caso, o Direito à Saúde, notadamente a saúde pública, em especial o seu acesso e proteção, pela representatividade no marco declaratório desse direito (art. 12.3; art. 13.1, “b”; art. 15; art. 16.2; e art. 22.3, todos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Ou seja, porque guarda relevância com os interesses de todos os países na esfera da vida que requer proteção imediata - pandemia global do Coronavírus -, e com suas implicações das mais variadas, tais como as decorrentes de conflitos ou desastres naturais, relacionadas com as questões de sustentabilidade e de biossegurança, considerando a política atual de proteção da Humanidade, a cobrar profundo ressignificado nas categorias da Solidariedade (enquanto responsabilidade direta do Estado), e até mesmo da Fraternidade (de acolhimento individual, da família e dos semelhantes – ou do Outro).

Referidas decisões e/ou jurisprudências aqui indicadas, a título ilustrativo produzidas a favor da defesa da saúde, cujo exemplo lança-se mão, em razão do dramático momento vivenciado por todos, pessoas e países, a dar conta de uma dinâmica que se volta na defesa, proteção e promoção do Direito à Saúde de todos, irmanados por igual e comum condição, ainda que, de certo modo, a qualidade econômica possa priorizar as condições de segurança que isso implica.

Em vista disso, convém mencionar às decisões relacionadas às medidas de combate ao Coronavírus, com tramitação perante o Supremo Tribunal Federal, as quais foram incluídas em pauta no dia 15/04/2020, com julgamento por videoconferência pelo Plenário, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, assim distribuídas:

a) Divisão de competências (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6341). A ação questiona a Medida Provisória (MP) 926/2020, na parte que promoveu alte-

rações em dispositivos da Lei 13.979/2020, sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia do Coronavírus, que atribui a centralização das prerrogativas de isolamento, quarentena, interdição de locomoção e de serviços públicos e atividades essenciais. A alegação é no sentido de que a MP estaria a esvaziar a competência e a responsabilidade constitucional de estados e municípios para executar medidas sanitárias, epidemiológicas e administrativas. A decisão foi no sentido de que a redistribuição de atribuições feita pela MP não afasta a competência concorrente dos entes federativos, nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, restando resguardada a autonomia administrativa dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para cuidar da saúde, dirigir o sistema único e executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF, 2020).

Em síntese foi

Deferida, em parte e *ad referendum* do plenário, á medida acauteladora, para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do supremo, a competência concorrente, de modo a aclarar que a disciplina decorrente da medida provisória nº 926/2020, no que imprimiu nova redação ao artigo 3º da lei federal nº 9.868/1999, não afasta a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, incluído na pauta de 15/4/20 (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Principal, 2020).

b) Transporte intermunicipal (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6343), pretende-se a suspensão de pontos das MPs 926/2020 e 927/2020 contra os dispositivos da Lei 13.979/2020, que tratam do transporte intermunicipal de passageiros durante o estado de calamidade pública para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia do Coronavírus (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Notícias, 2020).

c) Renda Mínima (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 56). A ação foi ajuizada em face de suposta omissão inconstitucional e a consequente mora (atraso) legislativa dos presidentes da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para a criação de programa de renda mínima emergencial (ou renda mínima temporária) à população durante a crise socioeconômica deflagrada pela pandemia do Covid-19. O relator negou seguimento ao pedido tendo em conta não caber “a fixação, no âmbito precário e efêmero, nem mesmo no definitivo, de auxílio revelador de renda básica emergencial temporária”. Acrescentou que a matéria está sendo tratada pelo Poder Executivo e Legislativo. O Ministro Marco Aurélio rejeitou a alegação, por considerar que não há omissão dos Poderes Executivo e Legislativo a respeito da matéria (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Notícias, 2020).

Assim acontecendo, naturalmente novos paradigmas hermenêuticos haverão de se habilitar para a defesa da vida humana, seja em sua dimensão humanitária, ou mes-

mo principiológica, voltada à dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que será possível compor a variada base que diz respeito à categoria Fraternidade, cujo enfoque, na esfera jurídica, assenta-se essencialmente, na perspectiva de acolhimento dos princípios e normas para lidar com as questões submetidas à tutela das Cortes, mediante transparência, razoabilidade e efetividade.

Contudo, aqui se destaca a Fraternidade, como uma categoria que compreende uma dinâmica que envolve cooperação, relacionalidade pessoal e coletiva, além de traduzir a experiência fraterna, presente na mesma e única família humana, onde o indivíduo se coloca em idêntica e horizontal convivência fraterna com o Outro, em uma espécie de compromisso que permite vínculos e respeito às diferenças e dignas semelhanças em todos os seres humanos.

Munida desse propósito, a Fraternidade (todos a suportar as mesmas condições - relação horizontal), antes que a Solidariedade (relação vertical - via de regra, de auto-riedade em relação aos demais, ou de alguém em relação ao Outro), passa a inaugurar, não somente um novo paradigma, mas algo bem mais complexo.

É que, ao valorizar as decisões das Cortes Supranacionais, tanto mais se sustenta o controle de convencionalidade de Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos assinados pelo Estado Brasileiro, o que prognostica a recepção de uma qualificada fraternidade a dar vez e voz, fundamento e motivação nas jurisprudências de cunho internacional e doméstico, por meio do melhor entendimento e da consistência dos conceitos fundamentais de Direitos Humanos no nosso Continente.

Seja como for, como ponto de partida, no arcabouço da organização normativa, procedimental e processual da proteção dos Direitos Humanos, revela Azuma (2007, p. 430-431) que a mesma se dá pela proteção dos Direitos Humanos nos âmbitos interno e internacional. A esfera internacional ainda se desdobra no sistema global e nos sistemas regionais, sendo os principais documentos de caráter internacional e de condão geral do sistema global: a Carta das Nações Unidas (1945); a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966); e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

Piovesan lembra ainda, dentre as Convenções internacionais, a presença de um sistema complementar, o Sistema Especial de Proteção dos Direitos Humanos, sinalizando os seguintes documentos: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas Idosas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, a Convenção contra a Tortura, a Convenção para a Prevenção e Repressão

do Crime de Genocídio, dentre outros importantes instrumentos de proteção de cunho internacional (2016, p. 278).

Neste sentido, pondera a presença de um “sistema internacional de proteção”, ao lado de um “sistema geral e especial”, complementares (Piovesan, 2016, p. 278), sendo que, a esfera internacional proporciona uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo a própria diferença, que, historicamente, com Hitler foi à razão para o extermínio de pessoas, e, na atualidade, é razão para conferir proteção especial e diferenciada, decorrente da própria vulnerabilidade. Não se trata de aniquilação de direitos, mas de sua promoção (Piovesan, 2016, p. 275-276).

A respeito do sistema especial de proteção, Piovesan aponta que este adota como sujeito de direito o indivíduo historicamente situado, concreto, na peculiaridade e particularidade de suas relações sociais, em sintonia com o reconhecimento de sua identidade própria, a anunciar que, ao lado do direito à igualdade nasce o direito à diferença (2016, p. 275).

Existem também os documentos internacionais do Sistema Regional Europeu, tais como a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) e seu Protocolo de nº 11 (1998), e, também, os Sistemas Regionais: o Interamericano, o Africano, o Sistema Árabe e o Asiático. O Brasil aderiu ao Sistema Regional Interamericano, que usufrui dos seguintes documentos: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) de 1988 (Azuma, 2007, p. 431).

Cabe destacar pela sua importância, o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), organização intergovernamental fundada a partir do Tratado de Assunção de 1991, enquanto modelo de integração regional latino americano, a dar conta, segundo aponta Puñal, de “[...] uma dinâmica, dominada por um completo fenômeno de globalização e regionalização, na qual vários processos de integração regional têm cobrado força na América Latina” (2000, p. 23).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) pertence ao Sistema Regional Europeu, e segundo indica Azuma (2007, p. 430), a mesma foi firmada entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), e subscrita durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, realizada em 22 de novembro de 1969, na cidade de São José da Costa Rica. Além do mais, pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) entrou em vigor, no Brasil, em 25 de setembro de 1992, conforme se encontra disposto no segundo parágrafo de seu art. 74 (Brasil. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Decreto nº 678, de 06.11.1969).

Sua importância dá-se em decorrência da proteção dos Direitos Humanos na dimensão interna e internacional, composto pelo sistema global e pelos sistemas regionais, cuja matéria, recolhe das lições dos grandes enfrentamentos e lutas da Humanidade, pelo reconhecimento e garantia de direitos, retiradas do processo de exclusão desigual, do que são inescusáveis os seguintes pontos constantes da própria CADH: a) proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; b) atributos da pessoa humana; c) consagração das disposições contidas na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que também constam em outros instrumentos internacionais, na esfera mundial e/ou regional; d) o ideal do ser humano livre, descomprometido do temor e da miséria, que requer condições que permitam usufruir dos direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos (Brasil, 2020).

Referido quadro fornece as bases necessárias, sociais e educacionais a uma cultura a favor da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, incluindo a estrutura, competência e processo dos órgãos que restarão aptos à competência dessa matéria, de forma que, tais disposições contêm significado especial, com elevada carga protetiva, o que significa o *munus* de incorporar a dimensão relacional e jurídica da Fraternidade às relações humanas, a traduzir comunhão de vida social em clima de harmonia econômica, jurídica, moral, de integridade e educacional, contra eventuais condições e desmerecimento da ordem democrática.

Em todos os seus artigos, vê-se estampado, dispositivos plenos de direitos, resultante, inclusive de longos processos de dor e de sofrimento, conforme revela a história humana, simbólicos, pode-se dizer, a uma entrega inteligente de direitos. Quiçá, cada um possa perceber sua magnitude. Aliás, pelo conjunto de suas características, conclui-se que seu fundamento maior está justamente na representatividade de colocar todos na mesa, para discussão saudável dos direitos, a dar conta do alfa e do ômega do acesso, distribuição e entrega da proteção dos direitos.

Há, contudo, outro aspecto que convém dar realce. Trata-se do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), cuja tônica refere em seu Preâmbulo, a recordar a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, em que “só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de termos e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, como de seus direitos civis e políticos” (Brasil, 2020).

Mas não há como deixar de fazer referência aos avanços sinalizados pela Constituição Federal de 1988, na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamen-

tais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. Com este instrumento, o Brasil conhece o documento de Direitos Humanos com a mais alta dose protetiva, de relevo extraordinário, abrangente e pormenorizado (Piovesan, 2016, p. 94), de forma que, ao menos, se possa antever a fórmula com que a Carta Magna, recepciona os direitos positivos concretos.

De outro modo, para além das Constituições, Bobbio aponta que somente depois da Declaração Universal pode-se ter certeza que toda a Humanidade compartilha alguns valores comuns e que, há universalidade dos valores, no sentido de uma crença historicamente legítima, não como algo dado, mas como algo acolhido pelo universo dos homens (2004, p. 48).

Além do mais, apresenta três fases a respeito das declarações de direitos, assim indicadas: a universalidade abstrata dos direitos naturais; na particularidade concreta dos direitos políticos; e na universalidade concreta dos direitos positivos universais (Bobbio, 2004, p. 50).

Seja como for, a expressão “direitos humanos” requer um acolhimento centrado na dignidade humana. Isso porque a aquisição desses direitos é a própria existência do ser humano. Da mesma forma aponta Gallardo (2014, p. 49) no sentido de que um dirigente campesino não tem direitos como dirigente nem como campesino, senão como ser humano e cidadão. É essa condição de pertencimento à natureza humana que está a lhe conferir o seu pertencimento à esfera dos Direitos Humanos.

Contudo, é a violação de tais direitos que tem conferido o tom de seu enfrentamento. Assim, a “violação em sede dos DDHH” está associada ao fundamento de que nos socorre Graziano Sobrinho (2010, p. 163-172), das grandes atrocidades, dos inimigos indefinidos e imateriais, e das situações de indeterminações.

Da mesma forma, as “tradicionais” violações dos DDHH, tais como, os horrores que o homem tem sido capaz de engendrar contra os seus, sobretudo, após a 2ª Guerra Mundial, nos termos relatados por Eric Hobsbawn (1999), como ocorreu com o fascismo e o nazismo, ou até mesmo, a Guerra do Vietnã; em Biafra, na Nigéria dos anos 60; o Krahmer Vermelho no Camboja; os conflitos étnicos em Ruanda, Uganda, Bósnio e Kosovo; as ditaduras na China e no Tibet, em Cuba e na América Latina.

Ainda, a perseguição e o regime de segregação que são obrigadas as crianças albinas africanas, os Brancos-negros no Canadá; a fome, a miséria e a pobreza, disseminada no Continente Africano e em muitos outros países; o analfabetismo e os regimes de semi-escravidão e exploração do trabalho infantil; o tráfico de seres humanos, etc., de tal forma que tem sido esperado que as Constituições contemporâneas, no anseio de defender e proteger direitos introduzam de forma explícita elementos normativos vinculados a valores e tangencialmente ligados à dignidade humana e aos Direitos fun-

damentais, razão pela qual, associados às opções governamentais, cujas políticas podem ser formuladas a partir da redução das desigualdades sociais, ou, então, representativas de proteção de serviços educacionais, os quais, no contexto e somadas a regimes políticos, na dimensão de que pudessem ser balizadores de um consenso mínimo e essenciais de direitos a ser obtido e entregue aos cidadãos.

Nesse viés, os Direitos Humanos são apresentados em face dos principais indicadores do progresso histórico e, em tal razão, parte-se da violação em sede dos DDHH, e, assim, põe-se a identificar um *modus operandi*, representativo da construção de um modelo forjador de Fraternidade, de promoção de vínculos, que se nutre do zelo das questões fundamentais de todos os indivíduos e, não somente da mera tolerância que se constrói nas relações estabelecidas na sociedade.

Contudo, na esfera do ordenamento constitucional brasileiro, está presente no Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, a seguinte referência “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” as quais se encontram indicadas como valores supremos de uma sociedade “fraterna”.

Na seara internacional, sem desconsideração a quaisquer outros, dois documentos, no caso a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), cada qual em seu contexto, atribuem firme proteção aos Direitos Humanos. Senão, veja-se.

Na CADH, encontra-se, em seu “Artigo 5º - Direito à integridade pessoal 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

Na DUDH, tem-se, em seu “Artigo 1º - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Então, para não esquecer e lembrar a cada um e a qualquer pessoa, homens e mulheres dos dias atuais, a quem segue depositada mútua esperança, no sentido de seguir usufruindo da proteção dos Direitos Humanos. Diante desse incansável agir, que se possa fazer emergir os valores fundamentais, essenciais e plenos de direitos. Ora, em louvor à Ciência e sua extraordinária capacidade, que através do conhecimento preciso e detalhado sempre torna possível a chegada de novos paradigmas: bem vinda Fraternidade, bem vindo o Valor-Princípio Fraternidade.

5. CONCLUSÃO

Dos três valores presentes no movimento Revolucionário francês, o da Fraternidade foi o mais prejudicado, ignorado e esquecido, reaparecendo somente na Constituição Francesa de 1848, 1946, e na Constituição de 1958, sendo, posteriormente, incorporado à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, marcando a concepção

universal conferida à dignidade humana e delimitando a recepção e reconhecimento do Valor-Princípio Fraternidade.

O século XVIII na história da Humanidade, principalmente ocidental, foi marcado no período da Idade Média pela desigualdade social, pelos privilégios do Clero e da Nobreza, pela escravidão, pela intolerância, pela centralização do poder nas mãos da Igreja e dos Estados Nacionais (monarquias absolutas).

Além das fortes desigualdades sociais, os conflitos e guerras religiosas ocorridos na Europa, contribuíram para a ruptura da unidade espiritual que dava sustentação aos vínculos sociais que permitiram durante séculos a unidade da Igreja medieval. Porém, várias mudanças começaram a surgir a partir da difusão das ideias do Iluminismo que trouxeram uma nova forma de pensar e conceber o homem e o universo, tendo por base a razão humana e não mais a religião.

As estruturas sociais e econômicas presentes no sistema feudal foram insuficientes para resolver toda a complexa e imensa gama de problemas, que exigiam alterações a permitir um novo desenvolvimento econômico industrial e comercial mais adequados.

As ideias Iluministas foram também essenciais para o desenvolvimento de um Direito uniforme, formado por Códigos Nacionais com base na razão humana, que permitiu a substituição do antigo Direito feudal - que tinha como fonte, os costumes e os valores tradicionais -, e possibilitou o surgimento de um sistema jurídico formal cuja fonte passou a ser o Direito natural, que reconheceu alguns direitos do homem como inalienáveis.

A nova codificação do Direito fez com que os monarcas iniciassem um processo de unificação política em toda a Europa. Entretanto, devido às fortes pressões sociais os Estados Nacionais foram obrigados a inserir na legislação direitos negados aos cidadãos, o que acabou por atender reivindicações da classe média burguesa, que buscava liberdade e responsabilidade individual, eliminação de privilégios, acesso a terra, dentre outros.

Foi com a laicização do Direito e com a influência do contratualismo, do racionalismo, do liberalismo e do iluminismo, bem como a perda do valor do antigo Direito Consuetudinário e feudal baseado no poder espiritual, que a valorização dos Direitos do Homem possibilitaram o surgimento de um novo Direito submetido ao Estado a conferir segurança jurídica anteriormente impossível de ser alcançada.

Portanto, a filosofia iluminista contribuiu também com suas ideias para com os movimentos revolucionários, a exemplo das Revoluções inglesa, americana e francesa, onde a positivação de Direitos passou a ter outra dimensão, permitindo a conquista de uma nova liberdade para o Homem, e que foi determinante para a queda do feudalismo e da monarquia absoluta (antigo regime).

Ocorre que o Direito natural que pretendia ser a fonte dos Direitos, não conseguiu alcançar tal objetivo. Porém com o surgimento dos movimentos revolucionários, e a promulgação da Declaração dos Direitos de 1689 na Inglaterra, houve um rompimento com a monarquia, passando-se a impor limitações ao poder absoluto do monarca, agora com a supremacia do Parlamento, em prol de um governo com base na Lei.

Entretanto, a Declaração inglesa do século XVII foi dirigida as classes sociais privilegiadas, ou seja, aos barões feudais, não apresentando em seu conteúdo a intenção de defender direitos universais para todos os povos.

Além disso, a Revolução Inglesa e a Declaração de Direitos de 1689 serviram de inspiração aos colonos americanos que lutaram na Revolução Americana ocorrida no período de 1775 a 1783, pela Independência das treze colônias americanas que faziam parte do território da Coroa Inglesa e, principalmente pela sua liberdade religiosa, pois quando a Inglaterra rompeu com a Igreja Católica, a insatisfação nas colônias americanas foi bastante intensa.

Neste período as Declarações de Independências dos futuros Estados americanos começaram a surgir, destacando-se primeiramente, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776, que consagrou a liberdade religiosa como valor fundamental para o desenvolvimento da sociedade. Em segundo lugar, destaca-se a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América de 04 de julho de 1776, que declarou a dissolução do vínculo político entre as treze colônias americanas e a monarquia inglesa, reconhecida internacionalmente através do Tratado de Versalhes de 1783, culminando com a criação dos Estados Unidos da América.

A importância da Revolução Francesa de 1789 é incontestável nos seus primeiros momentos, pois ela contribuiu para a queda da monarquia absoluta, rompendo com os privilégios do clero e da nobreza, num contexto de desigualdades sociais que sufocava a maioria da população camponesa onde predominavam as relações de servidão.

O movimento revolucionário foi avançando gradativamente, influenciado pelos pensadores iluministas, que levaram as pressões populares até suas últimas consequências, obrigando o Rei Luís XVI a convocar a Assembleia dos Estados Gerais, que, em junho de 1789, após vários debates, proclamou-se Assembleia Nacional apesar da não concordância do Soberano.

Em meio aos conflitos constantes, crescem os movimentos populares iniciado pelos revolucionários, cujo lema Liberdade, Igualdade e Fraternidade, pretendia romper com o despotismo e a tirania da monarquia absoluta. Clamavam por uma Fraternidade não apenas para o homem/cidadão, mas também para os escravos, pois a Fraternidade não podia ser excludente. Portanto, era necessário um Direito e uma Liberdade que pudessem concretizar o sentimento fraterno.

A Revolução Americana e a Declaração da Independência permitiram a criação da primeira Constituição escrita do ocidente, que foi votada em 1787, e entrou em vigor em 1791. A Constituição Americana possibilitou o desenvolvimento do Constitucionalismo moderno-contemporâneo, estabelecendo o regime federativo, a democracia republicana, o governo limitado pela lei e as garantias aos direitos do homem em relação à liberdade religiosa, a liberdade de opinião e expressão e a liberdade de associação. Contudo, as exceções são visíveis, eis que suas características liberais não resolveram o problema da desigualdade, perpetuando a exclusão, em relação aos escravos e às mulheres.

No outro lado do Continente - na França -, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, apresentava duas dimensões: o homem enquanto sujeito dos direitos naturais e outra como cidadão com direitos políticos. Entretanto, não reconheceu as mulheres como sujeito de direitos - políticos nem civis -, nem os escravos de suas Colônias, destacando-se vários aspectos contraditórios que sustentaram privilégios, principalmente para a classe burguesa e a aristocracia, onde os valores de liberdade e igualdade foram priorizados e, a Fraternidade, foi esquecida, deixa de lado.

A partir de 1799, com o golpe de 18 de Brumário, Napoleão Bonaparte assume o poder, alterando a história e os compromissos da Revolução francesa, orientados pelos valores e princípios da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, que são menosprezados, mitigados e, direcionados para uma fundamentação baseada no liberalismo e no contratualismo de inspiração individualista.

Cabe dizer, levando-se em conta os dias atuais: a compreensão de que a Declaração Universal de 1948 está ao lado de outros documentos de expressão interna ou internacional, a compor o sistema global e, regionais de proteção dos Direitos Humanos, de que faz parte a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), no contexto da Fraternidade, precisa ser reafirmada no espaço e no estabelecimento de relações fundadas no Valor-Princípio Fraternidade, simbólica e geradora de atitudes da boa aliança, de negativa ao terror, de não agressão e de pactos de celebração da paz.

Por último, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), é um instrumento valioso que por meio da dimensão relacional e jurídica do Valor-Princípio Fraternidade, pode ser capaz de uma vivência fraterna e ao mesmo tempo, possibilitar a ampliação de suas decisões/jurisprudência na esfera de proteção dos Direitos Humanos, de todas e de todos os cidadãos que fazem parte dos Estados membros, como uma forma de reforçar cada vez mais o princípio fundamental de respeito à dignidade humana, bem como se transformar em um condutor essencial para o fortalecimento de todas as relações humanas.

BIBLIOGRAFIA

- Albuquerque, P. P. de. (2019). *Convenção Europeia dos Direitos Humanos: Seleção de Opiniões*. São Paulo, Brasil: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais.
- Azuma, J. C. (2007). A sociedade civil e a proteção dos direitos humanos no sistema interamericano. In: Piovesan, F.; Ikawa, D. *Direitos Humanos: Fundamento, Proteção e Implementação – perspectivas e desafios contemporâneos*. Vol. II. Curitiba, Brasil: Juruá.
- Brasil. Conselho Nacional de Justiça. In: *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – 2014. Migração, Refúgio e Apátridas*. Coordenação Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi. 1ª. ed., Brasília, 2016.
- Brasil. Conselho Nacional de Justiça. In: *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – 2014. Direito à vida, anistia e direito à verdade*. Coordenação Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi e Fernando Antônio Wanderley Cavalcanti Júnior. 1ª. ed., Brasília, 2016.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal (2020). *Notícias STF*. Disponível em: <http://stf.jus.br>
- Brasil. Supremo Tribunal Federal (2020). *Principal*. Disponível em: <http://stf.jus.br>
- Baggio, A. M. (2008). *O princípio esquecido. A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Traduções: Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP, Brasil: Cidade Nova, vol.1.
- Baggio, A. M. (2009). *O princípio esquecido. Exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. Traduções: Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista, SP, Brasil: Cidade Nova, vol. 2.
- Bailyn, B. (2003). *As origens ideológicas da Revolução Americana*. Tradução Cleide Rapucci; revisão técnica Modesto Florenzano. Bauru, SP, Brasil: EDUSC.
- Bobbio, N. (2004). *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 5ª tiragem. Nova ed., Rio de Janeiro, Brasil: Elsevier e Campus.
- Caenegem, R. C. Van. (1995). *Uma introdução ao Direito Privado*. Tradução de Carlos Eduardo Machado; revisão Eduardo Brandão. São Paulo, Brasil: Martins Fontes.
- Cunha, P. F. da. (2014). *A igualdade e as suas irmãs valorativas. Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado – Português e Brasileiro*. Janeiro/Abril, Tomo LXIII, Número 334.
- Driver, S. S. (2006). *A Declaração da Independência dos Estados Unidos*. Tradução de Mariluce Pessoa. Rio de Janeiro, Brasil: Jorge Zahar.
- Durkheim, E. (1999). *Da Divisão do Trabalho Social*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes.
- Faller, M. H. F. F. (2013). Contribuições do Princípio da Fraternidade para a normatividade constitucional. In: Veronese, J. R. P. & Oliveira, O. M. B. A. de. (2013). *Direito e Fraternidade* (pp.131-160). Rio de Janeiro, Brasil: Lumen Juris.
- Fernandes, A. J. (2004). *Direitos Humanos e Cidadania Europeia (Fundamentos e Dimensões)*. Coimbra: Almedina.
- Gallardo, H. (2014). *Teoria Crítica: matriz e possibilidades de direitos humanos*. Tradução Patrícia Fernandes. 1. ed., São Paulo, Brasil: Editora Unesp.
- Giacóia Júnior, O. D (2018). Dignidade da Pessoa Humana. In *Direito e Fraternidade Ensaios em Homenagem ao Professor Dr. Lafayette Pozzoli*. (pp. 41-54). 1.ed. Curitiba, Brasil: CRV, UNIVEM.
- Graziano Sobrinho, S. F. C. (2010). *Globalização e Sociedade de Controle: a cultura do medo e o mercado da violência*. Rio de Janeiro, Brasil: Lumen Juris.
- Grespan, J.(2008). *Revolução Francesa e Iluminismo*. São Paulo: Contexto.
- Hobsbawm, E. J.(1996). *A revolução francesa*. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro, Brasil: Paz e Terra.
- Hobsbawm, E. J. (1999). *Era dos Extremos: o breve século XX*. São Paulo, Brasil: Companhia das Letras.
- Lewandowski, R. (2016). Brasil. Conselho Nacional de Justiça. In: *Jurisprudência da Corte Interamericana de*

Direitos Humanos – 2014. Migração, Refúgio e Apátridas. 1ª. ed., Brasília.

Lubich, C. (2015). *A Unidade*. Falmi, Donato; Gillet, Florence (org.) São Paulo, Brasil: Cidade Nova.

Michelet, J. (1989). *História da Revolução Francesa – da queda da Bastilha à festa da Federação*. Tradução de Maria Lucia Machado; consultoria e introdução Renato Janine Ribeiro. São Paulo, Brasil: Companhia das Letras, Circulo do Livro.

Pilau, N. C. (2003). *Teoria constitucional moderno-contemporânea e a positivação dos direitos humanos nas constituições brasileiras*. Passo Fundo, RS, Brasil: UPE.

Piovesan, F. (2016). *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16ª. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo, Brasil: Saraiva.

Puñal, A. M. (2000). *La Solución de Controversias em el Mercado Común del Sur (MERCOSUR): Estudio de sus Mecanismos*. Santiago: Tórculo Edicións.

Oliveira, O. M. B. A. de. (2019). *A (Des) Igualdade de Gênero para as Mulheres Trabalhadoras e a Fraternidade*. Revista da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. Ano 1, n.1. (pp. 248-266). Porto Alegre, Brasil: HS Editora.

Rossetto, G. M. de. *Principium fraternitas: contributo à metodológica interpretativa na perspectiva da fraternidade*. In: Veronese, J. R. P. & Oliveira, O. M. B. A. de. *Direito e Fraternidade*. (pp. 69-104). Rio de Janeiro, Brasil: Lumen Juris.

Stewart, J. D. (1990). *O que é o liberalismo*. 4.ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal.

Veronese, J. R. P. & Oliveira, O. M. B. A. de (Organizadoras) (2011). *Direitos na Pós-modernidade: a fraternidade em questão*. Florianópolis, Brasil: Fundação Boiteux.

4.

JURISPRUDÊNCIA DAS LIBERDADES: O STF E A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Christine Oliveira Peter Da Silva
Melina Girardi Fachin

RESUMO: O artigo objetiva analisar um excerto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente precedentes sobre liberdades fundamentais, em que os discursos de um ou mais magistrados referenciaram, expressamente, normas da Convenção Americana de Direitos Humanos. A escolha dos precedentes deu-se por meio de pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, e o resultado, excluindo as extradições e as execuções penais, forneceu um universo de 16 casos, com data delimitada para julgamentos entre 2015 e 2019. A análise crítica dos acórdãos da Suprema Corte brasileira, tendo como parâmetro as ideias de cidadania e diálogos transnacionais, conduziu à conclusão de que já existe por parte do Supremo Tribunal Federal um esforço de diálogo transnacional, especialmente levando-se em consideração o sistema interamericano de direitos humanos, mas que os precedentes selecionados ainda não se apresentam como exemplos contundentes de que há consciência argumentativa nos discursos da maioria dos magistrados da Corte quanto aos benefícios de proteção de direitos humanos e fundamentais do cidadão brasileiro, numa perspectiva multinível.

PALAVRAS-CHAVES: Supremo Tribunal Federal. Convenção Americana de Direitos Humanos. Cidadania Transnacional. Constitucionalismo multinível.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Desafios teóricos e práticos da cidadania transnacional; 3. Abordagens comparativistas como caminhos para os diálogos transnacionais; 4. Análise da jurisprudência das liberdades do STF; 5. Considerações Finais

1. INTRODUÇÃO

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre as liberdades humanas e fundamentais é o objeto do artigo que será aqui apresentado a partir de dois olhares simultâneos e interdependentes: a hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais⁹⁸ e a hermenêutica internacional dos direitos humanos.⁹⁹ O termo liberdades humanas fundamentais será aqui empregado para expressar, partindo do diálogo com o sistema regional americano de proteção dos direitos humanos, a definição exposta no artigo 3º da Carta Democrática Interamericana. O mencionado artigo identifica que as liberdades humanas fundamentais são elementos essenciais da democracia junto com o respeito aos direitos humanos e dizem respeito ao exercício da cidadania, gozo

98 Sobre os principais aportes da hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais que aqui será utilizada vide: SILVA, 2005; SILVA, 2014.

99 Sobre os aportes teóricos que embasarão a crítica aqui apresentada vide: FACHIN, 2009; FACHIN, 2017.

de direitos políticos e pleno desenvolvimento da autonomia individual e coletiva com garantia de acesso ao poder e seu exercício com sujeição ao Estado de Direito; a celebração de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo; o regime plural de partidos e organizações políticas; e a separação e independência dos poderes públicos”.¹⁰⁰

A pesquisa ganha relevância pela constatação de que ainda não são numerosos os trabalhos que prestigiam a utilização do método comparativo, no âmbito jurídico-constitucional, como paradigma metodológico mais adequado para a concretização dos direitos humanos e fundamentais. Ou seja, visto sob uma perspectiva pragmática, verifica-se ainda, apesar de algumas exceções, a ausência de dados empíricos sobre a utilização pelas Cortes Constitucionais – no caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal – de legislação e jurisprudência internacional, especialmente aquela que se refere a proteção direitos humanos, na resolução das questões constitucionais jusfundamentais que lhe são submetidas.

Uma das premissas da presente pesquisa, importante de ser compartilhada, é o fato de os Estados Constitucionais Democráticos do século XXI, necessariamente, estarem migrando, em maior ou menor velocidade, para um modelo hermenêutico de concretização de direitos humanos e fundamentais que utiliza e recomenda a observância das normas e decisões internacionais como fundamento das decisões internas dos Estados.

Assim sendo, a pretensão do presente artigo é analisar um excerto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, ao concretizar direitos humanos e fundamentais, especialmente referentes às liberdades, utilizou-se, expressamente, de normas da Convenção Americana de Direitos Humanos, nos discursos de pelo menos um dos seus Ministros.

A escolha dos precedentes a serem analisados foi feita no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, na aba pesquisa de jurisprudência, por meio das seguintes expressões de busca: <liberdade>; <convenção>; <americana>; excluindo-se a expressão <HC>, para filtrar apenas processos da área cível. O resultado trouxe 26 acórdãos, os quais foram submetidos a mais dois filtros: exclusão das extradições e das execuções penais; recorte da data de julgamento por meio da restrição aos feitos para aqueles julgados entre 2015 e 2019, últimos cinco anos, portanto.

O resultado, após aplicação de todos os filtros, foram 16 acórdãos, os quais representam relevante acervo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no que diz

100 Artigo 3º. São elementos essenciais da democracia representativa, entre outros, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, o acesso ao poder e seu exercício com sujeição ao Estado de Direito, a celebração de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo, o regime pluralista de partidos e organizações políticas, e a separação e independência dos poderes públicos. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democratic_Charter.htm>.

respeito à concretização de direitos humanos e fundamentais, utilizando-se o Pacto de São José da Costa Rica com referência expressa na decisão.¹⁰¹

Não é novidade que o caminho de uma pesquisa é sempre uma experiência coletiva, de forma que o presente trabalho guarda em si todas as virtudes da experiência coletiva de apresentação de resultados de uma pesquisa compartilhada. Duas pesquisas encontram-se no presente trabalho, aproveitando-se de aportes de suas experiências pretéritas, com o renovado intuito de dar continuidade às reflexões e lançar novas luzes para as hipóteses formuladas acerca dos diálogos transnacionais sobre direitos humanos e fundamentais.

Não há fórmulas infalíveis para conduzir e tornar bem-sucedidos os diálogos transnacionais sobre direitos humanos e fundamentais, mas há caminhos metodológicos que podem ajudar a conduzir a argumentação que se pretenda aberta para questões jurídico-constitucionais que transcendam o âmbito nacional dos debates.

Dessa forma, vai-se partir, numa primeira parte do trabalho, dos aportes teóricos e metodológicos dos diálogos transnacionais, para, na parte derradeira, fazer-se uma análise crítica dos precedentes recolhidos da jurisprudência das liberdades do Supremo Tribunal Federal, que nos últimos cinco anos, tenham argumentos e discursos com referências expressas à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por fim, importante registrar a oportuna iniciativa de fomentar trabalhos, discussões, eventos comemorativos e todas as formas de celebração da existência e eficácia da Convenção Americana de Direitos Humanos, pois tal documento apresenta-se como um marco civilizatório da maior relevância para o nosso continente, especialmente para o exercício da cidadania digna, ainda tão marcada por profundas desigualdades sociais. Esse é o fim último de nossos esforços.

2. DESAFIOS TEÓRICOS E PRÁTICOS DA CIDADANIA TRANSNACIONAL

A concepção contemporânea de direitos humanos tem como marca a internacionalização da proteção da pessoa humana, fenômeno que remete ao Pós-Segunda

101 São todos: STF-MC-ADPF 347/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, J. 09.09.2015, DJe 19.02.2016; STF-AgR-RCL 21504/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, J. 17.11.2015, DJe 11.12.2015; STF-RE 898450/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, J. 17.08.2016, DJe 31.05.2017; STF-ADI 2404, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, J. 31.08.2016, DJe 01.08.2017; STF-ADI 5577/DF, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, J. 25.08.2016, DJe 19.12.2017; STF-ADI 5487/DF, Relatora Ministra Rosa Weber, Redator para o acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, J. 25.08.2016, DJe 19.12.2017; STF-ADI 5423/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, J. 25.08.2016, DJe 19.12.2017; STF-ADI 5488/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, J. 31.08.2016, DJe 19.12.2017; STF-AgR-RE 1061894/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, J. 14.08.2018, DJe 28.09.2018; STF-ADI 2566, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Relator para o acórdão Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, J. 16.05.2018, DJe 23.10.2018; STF-ADI 4275/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, J. 01.03.2018, DJe 07.03.2019; STF-RE 888815/RS, Relator Ministro Roberto Barroso, Relator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, J. 12.09.2018, DJe 21.03.2019; STF-ADI 3470/RJ, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, J. 29.11.2017, DJe 01.02.2019; STF-AgR-MS 34493/BA, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, J. 06.05.2019, DJe 16.05.2019; STF-ADC 42/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, J. 28.02.2018, DJe 13.08.2019; STF-ED-RE 511961/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, J. 30.08.2019, DJe 16.09.2019.

Guerra. A história daí vertente singra da sua negação ao intenso processo hodierno de internacionalização desses direitos.¹⁰² É nesse sentido que, no Pós-Guerra, tornou-se imperiosa uma resposta da comunidade internacional, estabelecendo a reconstrução da proteção da pessoa humana, tendo nesta – sem qualquer outro atributo – o referencial e a fonte de direitos.

O Pós-Guerra não impactou apenas o cenário internacional, mas também o campo do direito constitucional ocidental. Nesse sentido nota-se, no período de reconstrução, a emergência de um discurso constitucional renovado, permeado por valores e princípios – como a dignidade humana – figurando como componentes basilares dos sistemas.¹⁰³ Na América Latina, e por consequência no âmbito constitucional pátrio, esse movimento tardou, pois, apenas com a falência dos sistemas de ditaduras que assolavam a região, foi possível a exibição desse paradigma constitucional.

Inaugura-se, assim a “era dos direitos” (BOBBIO, 2004), cuja marca é a concepção contemporânea de direitos humanos que repousa, de um lado, no valor da dignidade humana como fundamento da proteção e, de outro, no processo (inédito na abrangência e na intensidade) de internacionalização da positivação e proteção destes direitos. A centralidade do princípio da dignidade humana aponta para o reencontro axiológico do direito com os direitos humanos.

Essa concepção contemporânea da proteção dos direitos humanos inaugurou um novo espaço de cidadania e, com isto, uma nova esfera da responsabilidade dos Estados na implementação desses direitos que deixaram de ser tema exclusivo da soberania constitucional. Isso impactou o modo de pensar e conceber o espaço estatal e o direito constitucional.

Ainda é certo que a responsabilidade primária na realização dos direitos humanos, de modo geral, recai sobre os Estados, que em abstrato possuem maiores condições de dar uma resposta satisfatória às vítimas de violações de direitos humanos. Eis a razão pela qual o direito internacional dos direitos humanos opera por meio do código da subsidiariedade: apenas quando o Estado não possui estruturas internas suficientes ou não deu conta de resolver satisfatória, adequada e tempestivamente a demanda que lhe foi exposta, é que o aparato internacional entra em cena.

102 "Se a segunda guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução". Nesse sentido, interessante consultar: PIOVESAN, 2012. p.184.

103 Destaque-se nesse influxo o texto da Constituição Espanhola que, para além de demonstrar essa abertura principiológica, realça o direito internacional dos direitos humanos: "*Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*" Também merece destaque a Lei Fundamental Alemã de 1949, em seu artigo 1.º, ao tratar da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos: "(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário." (ESPAÑA. *Constitución Española*. Tribunal Constitucional de España)

Emerge, dessa forma, um renovado exercício de cidadania e com ela um novo direito constitucional: multinível porque lastreado na coexistência de diversas ordens paralelas e harmônicas entre si que devem dialogar entre si em torno do princípio *pro persona*,¹⁰⁴ ou seja, da centralidade da dignidade humana. Eis aí o constitucionalismo multinível – porque não apenas encerrado ao nível estatal – projetando, por meio dos diálogos emancipadores em direitos humanos, a Constituição para fora dela mesma. Este novo espaço é uma “*rede complexa e diversamente integrada por instituições e sistemas jurídicos, articulada em distintos níveis normativos*” (FERRAJOLI, 2011. p. 475).

Consagra-se a coexistência complementar dos sistemas de direitos humanos que interagem sempre em benefício dos sujeitos protegidos. Abre-se, portanto, o direito constitucional para o direito internacional dos direitos humanos, dialogando com as normativas e jurisprudência internacional sobre a matéria. Aproximam-se, assim, as noções de direitos humanos e direitos fundamentais; ambos se ressignificam dentro de um discurso transnacional que se forma em torno da mitigação do sofrimento humano e da proteção da dignidade.

O intento dessa convivência dialogal entre os sistemas, configurando o espaço do direito constitucional multinível, é expandir e engrandecer a proteção dos direitos humanos, a partir de uma lógica plural e garantista. É uma segurança que se dá aos sujeitos – seja quando o direito constitucional interno, seja quando o direito internacional dos direitos humanos andar mal.

No paradigma constitucional brasileiro, não é apenas uma faculdade, mas um dever instituído pelo comando constitucional (art. 5º, §2º e §3º)¹⁰⁵ e pelos comandos internacionais de direitos humanos que o Estado Brasileiro faz parte. O constitucionalismo pátrio expande seu bloco de constitucionalidade¹⁰⁶ aos demais níveis protetivos sempre em prol do comando que melhor atenda, no caso concreto, a dignidade humana.

Em épocas de retrocessos nos quais muitos dos avanços constitucionais consolidados em matéria de direitos, sobretudo em relação às liberdades fundamentais,¹⁰⁷ são

104 “[...] por força do princípio ou regra *pro homine* sempre será aplicável (no caso concreto) a que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou de uma garantia”. (GOMES Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos: conflito e critério de solução. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: dez. 2012).

105 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

106 “A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enumerados sob forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de normas fundamentais previsto pelo Texto Constitucional. [...] Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado “bloco de constitucionalidade”, densificando a regra constitucional positivada no § 2.º do art. 5.º, caracterizada, como cláusula constitucional aberta.” (PIOVESAN, 2012. p.111).

107 Vide a título de exemplo: “*Reporters Without Borders (RSF) is very concerned for Brazil’s future as Jair Bolsonaro, the clear favourite to win the presidential election run-off on 28 October, continues to wage a campaign marked by hate speech, disinformation, violence against journalists and contempt for human rights, fuelling tension and fear of dark times ahead for democracy and press freedom.*” In: <<https://rsf.org/en/news/bolsonaro-poses-serious-threat-press-freedom-and-democracy-brazil>>. Acessado em fevereiro de 2020.

colocados em cheque, é imprescindível que os ângulos interno e externo se articulem em prol da consolidação do exercício da cidadania garantido pela proteção dos direitos humanos. O fortalecimento de um discurso coeso, porém plural, vem a somar na proteção (i) do sistema internacional, de um lado; (ii) dos sistemas nacionais de outro já que estes se retroalimentam em prol do princípio *pro persona*. Para dialogar é necessário, todavia, um método; eis o que a próxima seção do presente artigo pretende explorar.

3. ABORDAGENS COMPARATIVISTAS COMO CAMINHOS PARA OS DIÁLOGOS TRANSNACIONAIS

A concretização dos direitos humanos e fundamentais, especialmente no âmbito da jurisdição das liberdades constitucionais, impõe a busca de métodos, ou seja, caminhos que facilitem a fruição e consolidação desses direitos na vida real dos cidadãos e cidadãs das diversas nações.¹⁰⁸

A premissa aqui compartilhada é a de que a abertura da argumentação concretizadora das liberdades fundamentais pelas Cortes Constitucionais e Supremas Cortes às normas e decisões internacionais apresenta-se como um esforço interpretativo imprescindível para o ideal cooperativo de reconhecimento e consolidação dos direitos humanos e fundamentais nos diversos países.¹⁰⁹ É o que aqui se vai chamar de diálogos transnacionais.

Não se pode deixar de anotar que algumas vozes bradam contra a comparação transnacional, como método adequado à concretização dos direitos humanos e fundamentais, destacando-se como principal expoente dessa corrente o ex-juiz da Suprema Corte Americana Antonin Scalia, para quem a referência às normas e decisões transnacionais constitui atitude enfraquecedora das democracias nacionais. (CHOUDHRY, 2006, p. 2-3).

De toda sorte, a utilização das normas internacionais, especialmente das convenções internacionais, apresenta-se como uma obrigação jurídico-constitucional, notadamente naqueles países em que há normas constitucionais expressas obrigando os agentes políticos e públicos, pois a vinculação dos estados-membros comumente são compromissos internacionais assumidos por autoridade nacional competente.

Nesse particular, revela-se importante refletir sobre quais são as condições de possibilidade dos métodos de vinculação à legislação internacional no âmbito da jurisdição das liberdades constitucionais.

108 Também esta é a premissa de: SCHEECK, Laurent. *Constitutional activism and fundamental rights in Europe: common interests through transnational socialisation*. Disponível em: <www.polilexes.com/.../constitutional_activism.pdf>. Acessado em: fevereiro de 2013. Complementarmente vale a consulta ao texto de: SCHEECK, 2005.

109 O professor Sujit Choudhry faz referência, nesse ponto, ao trabalho de “Michael Ramsey: *International materials and domestic rights: reflections on Atkins and Lawrence (2004)* 98 *American Journal of International Law* 69”, apud CHOUDHRY, 2006, p. 2, nota 14.

Anote-se, primeiramente, que homens, nações, sociedades e comunidades não podem se isolar, nem se fechar em si mesmos, nem se recusar às trocas. Há imposição cada vez mais evidente de que o conhecimento do outro e pelo outro constitui o ponto de partida para a superação e mistura de práticas de sistemas tradicionais. O direito comparado, torna-se, então, uma realidade viva. (ANCEL, 1980, p. 128).

A dinâmica e vida dessa realidade, mais aberta e mais plural quando se está a falar de paradigmas constitucionais, pode ser evidenciada a partir de uma prática compartilhada, plural, reativa e evolutiva, em que o Direito não mais se apresenta como o substituto das religiões e ideologias, nem como a panaceia para as mazelas humanas, mas, sim, como um elemento de harmonização dos diversos sistemas (SILVA, 2014, p. 91), que deverá seguir uma nova lógica, em termos de metodologia: a lógica de “pensar o múltiplo, sem com isso reduzi-lo à alternativa binária”, ou seja, como uma fórmula que admite alternativas para além do “excluir ou impor identidades”. (DELMAS-MARTY, 2004, p. XVIII a XII)

Com o objetivo de analisar a utilização das normas constantes da Convenção Americana de Direitos Humanos na prática jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, especialmente quanto à concretização das liberdades humanas e fundamentais, apresenta-se relevante conhecer e refletir sobre os métodos ou caminhos interpretativos que conduzirão a uma interpretação mais sustentável, tanto no tempo quanto no espaço, porque confrontada com realidades subjacentes, considerando que as situações humanas cada vez mais se interpenetram e se reproduzem em contextos culturais geograficamente distintos.

Os diálogos transnacionais pressupõem e implicam a migração de ideias constitucionais (CHOUDHRY, 2006), para além das fronteiras do Estado-nação, exigindo a busca por um arcabouço metodológico que possa induzir ao influxo positivo de novas ideias e críticas advindas desse contexto comparativo de múltiplas direções, fazendo com que os diálogos transnacionais ganhem o poder de redimensionar a função da interpretação constitucional e da teoria das fontes do Direito.¹¹⁰

Nesse particular, importante anotar que o debate acerca dos diálogos transnacionais implica a própria migração das ideias constitucionais, como uma metáfora adequada, cuja principal consequência teórica é transpor o raciocínio de uma visão normativo-positivista¹¹¹ para uma visão hermenêutico-culturalista¹¹² acerca do Estado Nação soberano.¹¹³

110 A migração de ideias constitucionais é uma metáfora que indica um método de procedimento da metodologia dos diálogos transnacionais. De todas as abordagens da interpretação comparativista que serão apresentadas, a mais adequada, segundo visão das autoras, é aquela que proporciona a migração dialógica das ideias constitucionais, tanto do plano interno para o internacional quanto do plano internacional para o plano interno.

111 De inspiração na doutrina de Kelsen acerca do Estado como ordenamento jurídico positivado. Essa doutrina, desenvolvida desde o início da década de 20, foi exposta pela primeira vez na obra *Teoria Geral do Estado* de 1925, mas encontra-se condensada principalmente em: KELSEN, 2003.

112 Forte na visão de Estado proposta por Rudolf Smend em: *Constitucion y Derecho Constitucional*, Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

113 Sobre este deslocamento teórico vide: SILVA, Christine Oliveira Peter da; MELO, Larissa Maria Melo. A interpretação evolutiva do conceito de soberania à luz da internacionalização do Direito, In: *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2009, Maringá-PR. Anais de Maringá, 2009.

Somente pelo processo aberto, complexo e dinâmico de comparação dialógica é que se revela possível a construção de um aporte legitimador convincente para a concretização de direitos humanos e fundamentais que serão, em suas essências, pontos dogmáticos para outras decisões jurídicas no próprio sistema constitucional. (SILVA, 2014, p. 81-82)

Assim, a comparação ganha autonomia e importância, pois o que está em evidente foco é o processo de transferência, o próprio movimento entre as ideias, sem haver qualquer preocupação com a propriedade dessas ideias ou a qualificação dessas ideias e/ou dos sujeitos envolvidos, fazendo com que o próprio ordenamento jurídico-constitucional seja renovado pelos intercâmbios de normas internas e internacionais, capazes de conformarem uma nova e duradoura ordem de coisas.

Aqui, o arcabouço metodológico volta-se para a atitude de alteridade, com o objetivo maior de compreender o âmbito da liberdade fundamental em concretização em relação a si e ao outro, em seus múltiplos aspectos, direcionando-se a interpretação constitucional para si, mas também para o outro, ou seja, para os problemas típicos do Estado-nação em referência, mas também para os problemas semelhantes enfrentados pelos outros Estados-nações. É, sem dúvida, um compromisso com a própria história e identidade, a partir de um processo que utiliza como instrumento a auto identificação pela experiência alheia. (CHOUDHRY, 1999, p. 836)

Há pelo menos três modelos de interpretação constitucional comparativa, aptos a conduzir à migração de ideias constitucionais: o modelo universalista; o modelo dialógico; e o modelo genealógico (CHOUDHRY, 1999, p. 819). São grupos que aglutinam métodos de procedimento dos quais se utilizam os estudiosos e os profissionais do direito constitucional para enfrentarem os problemas constitucionais, especialmente aquelas relacionados com a concretização das liberdades fundamentais, a partir de um olhar aberto e plural.

O modelo universalista tem como ponto de partida a ideia de que os diferentes sistemas jurídicos encontram, para a maior parte dos casos envolvendo direitos humanos e fundamentais, semelhantes soluções para os problemas similares, mesmo diante das inafastáveis diferenças em seus processos históricos, estruturas conceituais e estilos de procedimentos. (CHOUDHRY, 1999, p. 819-892; MARKESINIS, 1994).

Essa abordagem parte do pressuposto de que os sistemas jurídicos mundiais deparam-se com problemas muito parecidos, de modo que devem estar abertos para encontrarem soluções também semelhantes, seguindo os mesmos padrões, mesmas fórmulas metodológicas e, eventualmente, para discutirem qual solução é a melhor ou mais adequada para os desafios que se revelam tão próximos e parecidos.¹¹⁴

114 Nesse sentido cfr: ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. 3a. Ed. Oxford University Press, 1998, apud CHOUDHRY, 1999. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1624070>>. Acessado em 02/02/20.

A discussão central da abordagem universalista repousa na tentativa de criar uma gramática normativa e uma base conceitual teórica comum para uma linguagem jurídica universal, principalmente em matéria de jurisdição constitucional. A principal e mais relevante proposta do método universalista não é equiparar os conteúdos constitucionais construídos pelas jurisdições constitucionais dos diversos países, mas, sim, criar princípios universais de justificação e limitação dessa atividade. (CHOUDHRY, 1999, p. 819-892)

A abordagem dialógica, por sua vez, rejeita a perspectiva universalista como uma possível forma de utilização da comparação constitucional. Afirma que as diferenças entre os sistemas constitucionais típicos de cada Estado-nação revelam-se tão evidentes que seria improvável a criação de uma base comum, sejam eles normativos ou jurisprudenciais, com a finalidade de serem utilizados pelas diversas Cortes na concretização dos respectivos direitos humanos e fundamentais. (ROSENFELD, 1994, p. 223-232; ALFORD, 1986, p. 945)

A interpretação dialógica leva a sério as diferenças entre os sistemas, de modo que, muito embora não seja possível a criação de uma base universal para a prática comparativa, a jurisprudência comparada pode ser uma importante ferramenta para a reflexão crítica jurídica, estimulando uma interpretação comprometida com as trocas e com a própria alteridade, em busca da construção sustentável de âmbitos de proteção de direitos humanos e fundamentais que circulem tanto nos sistemas constitucionais nacionais, quanto nos sistemas transnacionais.

A abordagem dialógica é a mais desafiadora entre as três aqui apresentadas, pois, se por um lado, parece rejeitar o argumento da legitimidade da comparação constitucional afirmando as inegáveis diferenças sistêmicas entre eles, por outro lado, reforça a tese da abertura e da alteridade, afirmando que o uso da comparação constitucional apresenta-se como importante instrumento para conhecer-se as diferenças relativas a uma dada norma constitucional, para que sua concretização seja efetiva e duradoura por meio da abordagem comparativa. (CHOUDHRY, 1999, p. 819-892)

Por fim, por meio da chamada interpretação genealógica, sustenta-se a existência de relações históricas que impõem uma base comum para as constituições dos diversos países, considerando que tais normas são tão imbrincadas, que se justifica a migração de ideias, valores e argumentos de um sistema para outro. (CHOUDHRY, 1999, p. 819-892)

As influências recíprocas nos processos constituintes levam a que as constituições de um determinado território geográfico, ou que compartilham determinado período histórico, tenham essa suposta origem comum, isso porque se uma constituição serve de paradigma ou inspiração para a criação de uma outra, há relação indiscutível entre elas, o que justifica a interpretação genealógica.

A abordagem genealógica somente propõe comparação jurídica se e onde houver aproximação histórica, tendo em vista que se os sistemas não puderem ser submetidos à comparação histórica, também não poderão compartilhar da interpretação comparativista jurídica. Diante disso, anota Sujit Choudhry que as fontes dos argumentos de interpretação genealógica são muito mais restritas do que aqueles provenientes da interpretação universalista ou mesmo da dialógica. (CHOUDHRY, 1999, p. 840)

Cada uma dessas três abordagens origina elementos interpretativos comparativistas diversos, os quais são referenciados em maior ou menor grau, dependendo da cultura e consciência comparativista do intérprete constitucional. Dentre os principais, pode-se enumerar: migração de ideias constitucionais; fertilização cruzada; transplantes constitucionais; empréstimos constitucionais; diálogos judiciais transnacionais. (SILVA, 2014, p. 99-120) Todos presentes, em maior ou menor grau, nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal propõe-se a dialogar, em especial com o sistema interamericano.

O intuito aqui não é esgotar as condições e as possibilidades da metodologia comparativista, mas apresentar um ambiente teórico-metodológico adequado para se proceder a uma análise crítica do excerto da jurisprudência das liberdades do Supremo Tribunal Federal, com expressa referência à Convenção Americana de Direitos Humanos. É o que ocorrerá na seção a seguir.

4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DAS LIBERDADES DO STF

A eleição dos julgados a serem analisados no presente trabalho foi feita por meio de pesquisa de jurisprudência diretamente na base de dados disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, conforme explicitado na introdução. Após os filtros e delimitações da pesquisa já delimitados, o conjunto de precedentes a serem analisados totalizou 16 acórdãos, os quais representam, numa avaliação perfunctória, relevante acervo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à concretização de direitos humanos e fundamentais, com referência expressa ao Pacto de São José da Costa Rica como fundamento explícito das decisões dos Ministros da Suprema Corte brasileira.

Os precedentes estão dispostos nesta seção em ordem cronológica de julgamento, destacando-se, na análise a ser empreendida, a força argumentativa e persuasiva das disposições normativas da Convenção Americana de Direitos Humanos para a concretização das liberdades humanas e fundamentais do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

O primeiro deles é a medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347¹¹⁵ constitui-se um dos precedentes antológicos da jurisprudência

115 STF-MC-ADPF 347/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, J. 09.09.2015, DJe 19.02.2016.

das liberdades do Supremo Tribunal Federal. Nesta ação, o pedido de inconstitucionalidade dirigia-se ao estado de coisas inconstitucional em que se encontrava o sistema penitenciário brasileiro. A busca era pela adoção de providências estruturais em face de alegadas lesões a direitos humanos e fundamentais dos custodiados pelo Estado brasileiro, nas penitenciárias de todo o país.

A referência expressa à Convenção Americana de Direitos Humanos aparece já na ementa do julgado, mais especificamente no item em que se cuida da observância obrigatória da audiência de custódia. Verifica-se, neste precedente, portanto, que a Convenção Americana de Direitos Humanos constitui fundamento jurídico-normativo do próprio pedido da ação, e da própria argumentação dos ministros, sendo precedente de importância crucial para os diálogos transnacionais e também para a referência comparativa de que se cuidou no presente trabalho.

Por ocasião do julgamento da medida cautelar na ADPF 347, toda a comunidade jurídica envolvida no processo constitucional deu alguma atenção para a Convenção Americana de Direitos Humanos, confirmando a abertura do sistema nacional brasileiro à internalização e convivência com as normas internacionais para a resolução de demandas e problemas internos do Estado-nação brasileiro.

Interessante anotar que, neste precedente, houve debates que sustentavam, com clareza e ênfase, a obrigatoriedade, por parte de juízes e demais autoridades brasileiras, de observância e cumprimento das normas constantes do Pacto de São José da Costa Rica, reafirmando o compromisso brasileiro com os diálogos transnacionais, especificamente no que diz respeito à concretização dos direitos humanos e fundamentais. Trecho do voto do Ministro Celso de Mello resume bem tal compreensão:

(...)

Nesse contexto, incumbe aos magistrados e Tribunais, notadamente aos Juízes da Corte Suprema do Brasil, o desempenho do dever que lhes é inerente: o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, o de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal.

Segue-se a Reclamação 21.504¹¹⁶, em que se postula, indicando como paradigma a ADPF 130, anulação de atos judiciais que supostamente contrariariam o decidido pelo Supremo Tribunal Federal quanto à liberdade de imprensa e informação jornalística. Os atos reclamados impuseram à empresa jornalística ordem de retirada do seu sítio eletrônico de matéria que relatava fato ocorrido em um condomínio de cidade do interior do Estado de São Paulo.

116 STF-AgR-RCL 21504/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, J. 17.11.2015, DJe 11.12.2015.

Com fundamento no direito humano e fundamental à liberdade de expressão, a decisão do Supremo Tribunal Federal, especialmente por meio do voto do Ministro Celso de Mello, foi no sentido de fazer prevalecer o direito humano e fundamental à liberdade de imprensa, ressaltando expressamente que se trata de direito resguardado também em diversas normas internacionais, dentre elas o artigo 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

Nesse precedente, o jornalismo digital recebeu a proteção constitucional do direito de informar como uma prerrogativa em que se compreende tanto a liberdade de manifestação do pensamento e de comunicação, quanto a liberdade de expressão como proibição à censura. Reforçando os argumentos fartamente explorados na ADPF 130, os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal confirmaram que *“o exercício da jurisdição cautelar por magistrados e Tribunais não pode converter-se em prática judicial inibitória, muito menos censória, da liberdade constitucional de expressão e comunicação.(...)”*

No caso, a invocação das convenções internacionais, dentre elas o Pacto de São José da Costa Rica, como fundamentos da decisão, apesar de simbolicamente relevantes, não foram essenciais para o deslinde da controvérsia, apresentando-se mais como argumentos de reforço à consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o direito humano e fundamental à liberdade de expressão e proibição de censura, do que construção jurisprudencial que informa o diálogo dos sistemas de fontes entre nós.

O recurso extraordinário 898450¹¹⁷ encetou julgamento acerca dos requisitos para desempenho de uma função pública, problematizando a possibilidade, ou não, de exclusão do certame de pessoas com tatuagens no próprio corpo. A discussão, em precedente paradigma da sistemática de repercussão geral, confirmou a impossibilidade de serem excluídas do concurso para provimento de cargos públicos pessoas com tatuagens em seus corpos, ressalvados os casos em que as tatuagens sejam *“(...) excessivamente ofensivas à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida, incitação à violência iminente, ameaças reais ou representem obscenidades(...)”*.

A citação expressa à Convenção Americana de Direitos Humanos não foi relevante para os debates, nem alçou a condição de fundamento essencial para a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal. No voto do Ministro Celso de Mello, que questionou um ponto específico da normativa internacional, fez-se referência à Convenção Americana de Direitos Humanos, e, em resposta, o Ministro Ricardo Lewandowski também mencionou expressamente a norma internacional, acerca do debate que se estava travando, quanto às possíveis exceções à vedação de participação em concursos públicos em virtude das tatuagens fora do padrão. Vale a transcrição do excerto do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, na parte que interessa:

117 STF-RE 898450/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, J. 17.08.2016, DJe 31.05.2017

(...) não apenas a Convenção Interamericana de Direitos Humanos coloca certas restrições à liberdade de expressão, mas também o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, especialmente no art. IX, n. 3, letras a e b, que estabelecem que a liberdade de opinião, ou de expressão, deve respeitar os direitos e a reputação das demais pessoas e também, de outro lado, a segurança nacional, a ordem, a saúde e a moral públicas.

A ação direta de inconstitucionalidade 5577¹¹⁸ e a ação direta de inconstitucionalidade 5487¹¹⁹ foram julgadas em conjunto, tendo sido apensadas em virtude do fato de que seus objetos eram idênticos, ainda que em menor extensão na primeira. A discussão, envolvendo processo eleitoral, dizia respeito ao tempo de acesso à propaganda eleitoral no rádio e televisão, especialmente para os partidos com baixa representatividade no Congresso Nacional.

O pedido de declaração de inconstitucionalidade dirigia-se contra artigo da lei das eleições que restringia o direito de acesso à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão para aqueles partidos com mais de nove representantes na Câmara dos Deputados, invocando-se os princípios da democracia, da isonomia, da autonomia partidária, direito fundamental à informação, à liberdade de programação e jornalística das emissoras de rádio e televisão, à liberdade de expressão, dentre outros.

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi mencionada no voto vencido do Ministro Celso de Mello, para quem a igualdade de chances entre os partidos políticos, corolário do princípio da isonomia, implica a possibilidade de se estabelecer concorrência livre e equilibrada entre os candidatos a cargos políticos, em prol da concretização da máxima potencialidade do princípio democrático. Destaca-se o trecho:

A normação constitucional dos partidos políticos, desse modo, tem por objetivo regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, na medida em que pertence às agremiações partidárias – e somente a estas – o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos (Código Eleitoral, art. 87), não obstante a existência de relevante controvérsia fundada na interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 23, ns. 1 e 2) e, também, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 25).

O ponto central do debate, cuja tese da possibilidade de restrição ao chamado direito de antena pela legislação eleitoral específica acabou prevalecendo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se aprofundou no artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que trata exatamente de direitos políticos. A menção expressa à norma internacional, portanto, ficou encapsulada no voto do Ministro Celso de Mello, sem maiores reverberações para a discussão da tese em si.

118 STF-ADI 5577/DF, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, J. 25.08.2016, DJe 19.12.2017.

119 STF-ADI 5487/DF, Relatora Ministra Rosa Weber, Relator para o acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, J. 25.08.2016, DJe 19.12.2017.

Versando sobre temática semelhante, na mesma assentada, também foram julgadas as ações diretas de inconstitucionalidade 5423¹²⁰ e 5488¹²¹, cuja menção à Convenção Americana de Direitos Humanos foi reproduzida nos votos, todos vencidos, do Ministro Celso de Mello.

Verifica-se, portanto, que em nenhum desses precedentes, versando sobre propaganda eleitoral e sobre o direito de participação gratuita em rádio e televisão ou em debates promovidos pelas emissoras, os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal incluíram substancialmente as normas internacionais sobre direitos políticos como parte da fundamentação do acórdão da Suprema Corte brasileira, de forma que a sua relevância para o precedente é quase nula. A ausência de diálogo chama atenção, pois, nas quatro ações submetidas à Corte, muito poderia ter-se contribuído para a construção de uma jurisprudência dialogal, com referências substanciais às normas internacionais que fazem clara interface com as normas internas sobre o tema.

A ação direta de inconstitucionalidade 2404¹²² impugnava dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente que tipificava a transmissão, por meio de rádio ou televisão, de espetáculo em horário diverso do autorizado, sob o argumento de que a legislação não poderia transformar a classificação indicativa em ato de permissão ou autorização, impondo, de per si, proibições que possam levar a penalidades por infrações administrativas.

Afirma-se a vedação constitucional às censuras de natureza política, ideológica ou artística, sustentando-se que ao poder público cabe tão-somente informar faixas etárias para as quais não se recomendam espetáculos e determinados tipos de entretenimento. Nessa discussão, as referências expressas à Convenção Americana de Direitos Humanos encontram-se no voto-vista do Ministro Edson Fachin, vencido em parte, por ter optado para dar interpretação conforme ao texto legal impugnado.

A indicação expressa à Convenção Americana de Direitos Humanos, assim está posta no indigitado voto-vista: *“Informar não pode ser, jamais, censurar. Assim, a expressão “autorizado”, constante do art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente, conquanto remeta à classificação prévia, deve fazê-lo nos termos admitidos pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos.”*

Verifica-se, nesse voto, que se considerou a norma internacional invocada como referência normativa central para o debate posto à análise da Suprema Corte brasileira, manejando-se não apenas a própria convenção, mas também a interpretação que dela foi extraída por Cortes e Comitês internacionais em casos semelhantes. Importante reproduzir trecho que elucida tal evidência:

120 STF-ADI 5423/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, J. 25.08.2016, DJe 19.12.2017.

121 STF-ADI 5488/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, J. 31.08.2016, DJe 19.12.2017.

122 STF-ADI 2404, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, J. 31.08.2016, DJe 01.08.2017

O teste de compatibilidade da restrição imposta pela norma impugnada depende, nos termos da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos, que a restrição seja prevista em lei, tenha a finalidade de proteção dos direitos indicados na Constituição e nos pactos (assegurar a reputação de terceiros ou a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas, ou ainda, por meio de censura prévia, a proteção moral de crianças e adolescentes) e obedeça ao rígido teste de necessidade e proporcionalidade (Comunicação 1022/2001, *Velichkin v. Belarus*, conclusão adotada pelo Comitê de Direitos Humanos em 20.10.2005).

Entretanto, considerando que a Convenção Americana de Direitos Humanos não foi lembrada nem utilizada pela maioria dos Ministros que participaram do julgamento, e também que o voto isolado de apenas um dos julgadores não pode ser considerado parte essencial da argumentação e do próprio discurso do acórdão, a conclusão a partir da análise dessa ação direta é de que ainda não se está diante de uma interpretação dialógica que respeita a abertura e pluralidade dos sistemas interno e externo de direitos humanos e fundamentais.

O fato de haver referência expressa à Convenção Americana de Direitos Humanos não conduz à conclusão de que os sistemas estão em diálogo. Nem se pode, por meio da análise de um voto apenas, afirmar que a Corte está avançando para uma ordem transnacional de proteção de direitos humanos e fundamentais. É preciso seguir adiante, para verificar se outros precedentes, mais recentes, apresentam-se em tendência mais alvissareira para o diálogo transnacional entre sistemas interno e internacional de proteção de direitos humanos e fundamentais.

Prossegue o pleito de inconstitucionalidade vertido na ADI 4275¹²³ versa sobre a interpretação do artigo 58 da lei de registros públicos que estabelece a imutabilidade do prenome, todavia, admitindo sua substituição por apelidos públicos. A Procuradoria Geral da República, na qualidade de petionária, submeteu ao Supremo Tribunal Federal a seguinte controvérsia: se, ante a norma, é possível a modificação de prenome e gênero de transexual no registro civil, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização. Por maioria de votos, o plenário do Tribunal julgou procedente a ação para considerar que:

A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

No presente caso, o acórdão utiliza-se, em claro diálogo de fontes, fazendo exercício de direito comparado, de diversos parâmetros internacionais, e não apenas a Convenção

123 STF-ADI 4275/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, J. 01.03.2018, DJe 07.03.2019.

Americana de Direitos Humanos para consolidação do conteúdo normativo do direito à igualdade sem discriminações e o direito à identidade ou expressão de gênero das pessoas trans. São trazidos assim o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e, também, com força, o Pacto de San José.

Nesse sentido, além de citar apenas o documento normativo, em especial o artigo 1.1 da Convenção que estabelece clausula geral de vedação à discriminação¹²⁴, o acórdão dialoga com o órgão autorizado de sua interpretação, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em opinião consultiva¹²⁵, sobre a identidade de gênero fazer parte das categorias protegidas pela Convenção.¹²⁶ Utilizando-se, portanto, dos precedentes do direito comparado, expande, em diálogo entre Cortes, os parâmetros constitucionais de proteção das liberdades fundamentais.

Igual exercício dialogal verificou-se no precedente da ação direta de inconstitucionalidade 2566¹²⁷, proposta pelo Partido da República, o Supremo Tribunal Federal debreçou-se sobre a incompatibilidade entre a proibição do proselitismo na programação das emissoras de radiodifusão comunitárias (contida no art. 4º, §1º da lei 9612/1998) e os fundamentos da liberdade de comunicação constitucional.

No presente caso, para além do fundamento constitucional da liberdade de expressão, o Supremo Tribunal Federal valeu-se do parâmetro normativo interamericano para dar procedência à ação e considerar que “a liberdade religiosa não é exercível apenas em privado, mas também no espaço público, e inclui o direito de tentar convencer os outros, por meio do ensinamento, a mudar de religião. O discurso proselitista é, pois, inerente à liberdade de expressão religiosa”¹²⁸. Além disto, acresceu que a livre troca de ideias e não apenas a divulgação de informações é pressuposto do exercício destas liberdades.

124 “91. Levando em conta as obrigações gerais de respeito e de garantia, estabelecidas no art. 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da citada Convenção, o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e pelos organismos das Nações Unidas (pars. 83 a 90 supra), a Corte Interamericana estabelece que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção. Por isso, a Convenção rejeita qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Por conseguinte, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual”. In: STF-ADI 4275/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, J. 01.03.2018, DJe 07.03.2019. Inteiro teor, página 17.

125 *Obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo (Interpretação e alcance dos artigos 1.º, n.º 1, 3.º, 7.º, 11.º, n.º 2, 13.º, 17.º, 18.º e 24.º, em relação ao artigo 1.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Opinião Consultiva OC-24/17. 24 de novembro de 2017, Série A No. 24.

126 “(...) a Corte Interamericana deixa estabelecido que a orientação sexual e a identidade de gênero, assim como a expressão de gênero, são categorias protegidas pela Convenção. Por isso está proibida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Em consequência, nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte das autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de um pessoas à sua orientação sexual, sua identidade de gênero e/ ou sua expressão de gênero”. (par. 78). In: ADI 4275/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, J. 01.03.2018, DJe 07.03.2019. Inteiro teor, página 10.

127 STF-ADI 2566, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Relator para o acórdão Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, J. 16.05.2018, DJe 23.10.2018.

128 STF-ADI 2566, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Relator para o acórdão Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, J. 16.05.2018, DJe 23.10.2018; Ementa.

Buscou, neste sentido, a fundamentação esteio no artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica¹²⁹ ao determinar a proibição de censura prévia no exercício da liberdade de pensamento e expressão, bem como no seu artigo 12 que garante a liberdade de consciência e religião. A literalidade categórica do artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica (“compreende a liberdade de (...) difundir (...) ideias de toda natureza, (...) verbalmente (...) ou por qualquer outro processo” e que esse direito “não poderá estar sujeito a censura prévia”) foi fundamento central do decidido.

Nesse caso, além do disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, outros documentos internacionais foram trazidos como fundamento da decisão, dentre eles destaque-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. E, ainda, que a jurisprudência do sistema interamericano não tenha sido considerada, precedente semelhante do sistema europeu foi colacionado.¹³⁰ Nota-se, portanto, verdadeira prática dialógica em prol da expansão dos direitos humanos.

Valendo-se também do artigo 13 do Pacto de San José¹³¹, no Mandado de Segurança 34493¹³², a discussão acerca da liberdade de expressão e seus contornos surge como mote do fundamento normativo na Convenção Americana de Direitos Humanos. Trata-se de recurso de Promotor de Justiça contra deliberação do Conselho Nacional do Ministério Público que advertiu o *parquet* por fazer uso de excesso de linguagem em entrevista à rádio local.

No caso desse *writ*, trazendo precedentes mais uma vez do direito interamericano e do direito europeu dos direitos humanos, em diálogo de Cortes, o Supremo Tribunal Federal desproveu o referido recurso por entender que há limites ao exercício da liberdade de expressão. Na fundamentação do acórdão: “*tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos corroboram essa diretriz hermenêutica, ao afirmarem que a liberdade de expressão, embora ocupe lugar de destaque no plexo de garantias fundamentais asseguradas pelo direito comunitário, encontra limites quando o seu exercício importe em um menoscabo dos direitos alheios (e.g., art. 13, item 2, a, do Pacto de San José da Costa Rica (...))*”¹³³.

Conectado à liberdade de expressão, é também a discussão vertida no recurso

129 *A Filiação obrigatória de jornalistas (Artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Opinião Consultiva OC-05/85, 13 de novembro de 1985, Série A No. 05.

130 “...entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso Kokkinasis v Grécia, julgado em 25.05.1993, revertendo a condenação da corte grega de um casal testemunha de Jeová por prática de proselitismo na casa de uma cristã ortodoxa. Na sentença, a Corte afirmou que “em particular, a liberdade religiosa supõe a de ‘manifestar a própria religião’ não apenas de maneira coletiva, ‘em público’ e no círculo daqueles cuja fé se compartilha, mas também ‘individualmente’ e ‘em privado’; implica em princípio no direito de tentar convencer o próximo, por exemplo, por meio de uma ‘educação’”. In: STF-ADI 2566, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Relator para o acórdão Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, J. 16.05.2018, DJe 23.10.2018; Inteiro teor do acórdão, página 11.

131 *A Filiação obrigatória de jornalistas (Artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Opinião Consultiva OC-05/85, 13 de novembro de 1985, Série A No. 05.

132 STF-AgR-MS 34493/BA, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, J. 06.05.2019, DJe 16.05.2019.

133 STF-AgR-MS 34493/BA, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, J. 06.05.2019, DJe 16.05.2019. . In: Inteiro Teor do Acórdão, p. 9.

extraordinário 511961¹³⁴ sobre a obrigatoriedade do diploma de jornalista. Retomando os fundamentos da ADPF 130¹³⁵, de relatoria do Ministro Ayres Britto, em que – citando incluso a opinião consultiva 07/1986 da Corte Interamericana De Direitos Humanos¹³⁶ – apontou-se pela inconstitucionalidade da exigência do diploma de jornalista para exercício da profissão de jornalista, como garantia das liberdades de expressão e informação. O tema é apenas referenciado pela Ministra Rosa Weber, relatora dos embargos de declaração, ao negá-los por ausência de pressupostos formais. Assim que não há aqui incursão pelos fundamentos da convenção americana que obstam a recepção do art. 4º, inciso v, do decreto-lei nº 972, de 1969 pela constituição federal, mas tão somente reprodução das razões do acórdão, exarado em 2009¹³⁷.

Em outro precedente recente¹³⁸ também o tema foi tangenciado em que pese razões formais para não conhecimento da modalidade recursal terem sido determinantes para o deslinde do feito. No AgR-RE 1061894, as discussões acerca da inconvenção do crime de desacato foram trazidas em sede de Agravo Regimental que queria ver conhecido Recurso Extraordinário cujo seguimento havia sido negado sob argumento de que a via recursal eleita não era compatível com o revolvimento da prova dos autos ou de interpretação legal.

Ainda que não tenha se manifestado sobre a questão de fundo – incompatibilidade do crime de desacato com a Convenção Americana de Direitos Humanos – por um óbice procedimental, a matéria em questão ainda pende de apreciação e resposta por parte do judiciário pátrio. Eis a expressão do Ministro Relator:

A análise do postulado pela agravante quanto à inconstitucionalidade do artigo 331 do Código Penal, implica a necessária interpretação do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, norma de natureza infraconstitucional, não ensejando campo ao acesso ao Supremo. À mercê de articulação sobre a violência à Constituição Federal, pretende-se guindar a este Tribunal recurso que não se enquadra no inciso III do artigo 102 da Lei Maior.¹³⁹

O tema no sistema interamericano já é bastante pacificado no sentido de que *“la convención protege y promueve un amplio concepto de libertad de expresion para*

134 STF-ED-RE 511961/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, J. 30.08.2019, DJe 16.09.2019.

135 STF-ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020.

136 *A resposta sobre o direito de resposta e a liberdade de expressão*, Opinião Consultiva OC-07/1986, 29 de agosto de 1986, Série A No 7.

137 EMENTA: JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETO-LEI Nº 972, DE 1969. 1. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. ART. 102, III, “A”, DA CONSTITUIÇÃO. REQUISITOS PROCESSUAIS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE. (RE 511961, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-04 PP-00692 RTJ VOL-00213-01 PP-00605)

138 STF-AgR-RE 1061894/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, J. 14.08.2018, DJe 28.09.2018;

139 STF-AgR-RE 1061894/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, J. 14.08.2018, DJe 28.09.2018; In: Inteiro Teor de Acórdão, p. 270.

*preservar la existencia de las sociedades democraticas*¹⁴⁰, uma vez que a liberdade de expressão “*es indispensable para la formación de la opinión pública*”¹⁴¹ e que restrições impressas por leis de desacato não são legítimas. O primeiro precedente da Corte Interamericana sobre o tema aflorou ao julgar o Caso Palamara Iribarne v. Chile em 2005¹⁴². Já no direito pátrio, em que pese diversas sinalizações¹⁴³, pendente análise da convencionalidade da tipificação. Seja para negar ou acatar o que não se pode é furtar-se para o diálogo.

O *corpus iuris interamericano* também foi objeto de análise em matéria ambiental no julgamento da ADI 3470, em 2019.¹⁴⁴ Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria em face da Lei carioca de nº 3.579, de 07 de junho de 2001, que dispõe sobre a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto e dá outras providências. Além de inconstitucionalidades formais provenientes do sistema de repartição de competências, que não são objeto do presente, sustenta o pedido a inconstitucionalidade material da norma por violar os direitos à livre iniciativa e livre concorrência constitucionalmente consagrados.

Neste caso é certo que não há fundamento no Pacto de San José, mas sim na convenção de Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos. A expressão do direito internacional americano surge no apego à proteção do meio ambiente sadio constante no Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, o Protocolo de San Salvador sobre matéria de direitos econômicos e sociais.

Igual circunstância pode ser identificada nos autos da ADC 42¹⁴⁵. Nesta ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Partido Progressista debate-se, em conjunto, a constitucionalidade de uma série de dispositivos da Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 (também na redação conferida pela Lei 12.727, de 17 de outubro de 2012), que alteraram o marco regulatório da proteção da flora e da vegetação nativa no Brasil, o denominado Código Florestal. Há aqui alusão a diversos tratados e convenções internacionais, todavia, não à convenção americana que não traz no seu bojo direitos ambientais. A menção à Convenção Americana surge justamente pela referência ao seu

140 Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convencion Americana sobre Derechos Humanos, 17 de fevereiro de 1995

141 Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convencion Americana sobre Derechos Humanos, 17 de fevereiro de 1995

142 *Palamara Iribarne c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 de novembro de 2005, Série C No. 135

143 Representação da Procuradoria Geral da República acerca do Crime de Desacato: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/internacionais/atuacao-do-mpf/representacao-proposicao-adpf-crime-desacato>; STJ. HC 379.269/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Relator para o Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017; projetos de Lei n.º 4.548/2008 e 602/2015 foram propostos em plano federal com o objetivo de derrogar o artigo do Código Penal que prevê o crime de desacato, dentre outros.

144 STF-ADI 3470/RJ, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, J. 29.11.2017, DJe 01.02.2019:

145 STF-ADC 42/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, J. 28.02.2018, DJe 13.08.2019.

Protocolo Adicional em matéria de direitos sociais que fixa em seu art. 11º o direito a um meio ambiente sadio¹⁴⁶.

Também no caso do RE 888815¹⁴⁷ em que se discute o direito à educação, mais especificamente o direito à educação domiciliar, o tema veio à baila para definição acerca da (in)constitucionalidade do *homeschooling*. O direito internacional dos direitos humanos foi trazido com muita força na fundamentação do acórdão – em especial a Convenção sobre os Direitos da Criança¹⁴⁸ e precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos. Mais uma vez, a Convenção Americana, pela sua limitação em relação aos direitos sociais, é indicada como fundamento – pelo acréscimo contido em seu Protocolo Adicional, Pacto de San Salvador – no que toca o direito dos pais de escolher o tipo de educação que será dada aos filhos, conforme art. 12.4.¹⁴⁹

Estes últimos precedentes, de matéria de direitos sociais que utilizam o Protocolo Adicional ao Pacto de San José como parâmetro, ainda que traduzam importantes esforços de diálogo com o direito internacional dos direitos humanos, citando o sistema americano expressamente, não tratam propriamente do tema central deste artigo – as liberdades fundamentais. Ainda que se tenha uma visão ampliada de liberdade, como ensina Sen¹⁵⁰, não é disto que se está aqui a tratar.

Do caminho que se percorreu em cinco anos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nota-se uma clara evolução, especialmente se considerados os últimos dois anos, de sentido nos diálogos travados com o direito internacional dos direitos humanos, formando o constitucionalismo multinível, ao expandir o bloco de constitucionalidade e realizar o controle de convencionalidade. Não se trata mais de apelo individual dos Magistrados que tem apreço pela matéria, mas, sim, de trocas e empréstimos

146 Parecer consultivo sobre meio ambiente e direitos humanos, Opinião Consultiva OC-23/2017, de 15 de novembro de 2017.

147 STF-RE 888815/RS, Relator Ministro Roberto Barroso, Relator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, J. 12.09.2018, DJe 21.03.2019

148 *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*. Opinião Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, Série A No. 17

149 “O próprio Protocolo Adicional de São Salvador, ao reconhecer o direito dos pais de escolher o tipo de educação que deverá ser ministrada a seus filhos, previsto no art. 12.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, condiciona tal direito à opção por uma educação que esteja de acordo com os demais princípios contemplados no Protocolo e que, por consequência, seja apta ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, à participação em uma sociedade democrática, à promoção do pluralismo ideológico e das liberdades fundamentais. A toda evidência, os pais não podem pretender limitar o universo informacional de seus filhos ou impor à escola que não veicule qualquer conteúdo com o qual não estejam de acordo. Esse tipo de providência – expressa no art. 13, § 5º – significa impedir o acesso dos jovens a domínios inteiros da vida, em evidente violação ao pluralismo e ao seu direito de aprender. A educação é, justamente, o acúmulo e o processamento de informações, conhecimentos e ideias que proveem de pontos de vista distintos, experimentados em casa, no contato com amigos, com eventuais grupos religiosos, com movimentos sociais e, igualmente, na escola” (STF-ADI 5.537 MC, Rel. Min. Roberto Barroso, dec. monocrática, grifei). STF-RE 888815/RS, Relator Ministro Roberto Barroso, Relator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, J. 12.09.2018, DJe 21.03.2019. In: *Inteiro Teor do Acórdão*, p. 9.

150 Haja vista a complexidade do umbral do direito ao desenvolvimento, já trabalhado no capítulo precedente, Amartya Sen fixa cinco diferentes liberdades que se somam em relação ao desenvolvimento: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. Acerca da interligação dessas diversas facetas, ensina o autor: “Liberdades políticas (na forma de liberdade e de expressão de eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidades de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas as outras”. (SEN, 2000. p.25-26).

comparados que paulatinamente ingressa no cardápio argumentativo das decisões da Suprema Corte brasileira.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hermenêutica internacional dos direitos humanos e a hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais encontram-se no presente trabalho com o intuito de evidenciar a pluralidade das perspectivas imposta pela metodologia dos diálogos transnacionais. Os instrumentos de proteção dos direitos humanos e fundamentais, seja no âmbito internacional, seja no âmbito das cortes constitucionais de cada nação, estão disponíveis para que haja constante interação entre os sistemas e as fontes jurídicas.

O objetivo primeiro dessa convivência dialogal entre os sistemas, configurando o espaço do direito constitucional multinível, é expandir e garantir que a proteção dos direitos humanos e fundamentais, a partir de uma lógica plural e garantista, como premissa para uma maior segurança que se reconhece aos sujeitos – seja quando o direito constitucional interno, seja quando o direito internacional dos direitos humanos, não estiverem com suas plenas capacidades institucionais ativadas.

Nunca é demais lembrar que, no paradigma constitucional brasileiro, não é apenas uma faculdade, mas um dever instituído pelos comandos constitucionais (art. 1º, III; art. 4º, II e art. 5º, §2º e §3º) e pelos comandos internacionais de direitos humanos que o Estado Brasileiro faz parte, observar as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos. Este dever coloca-se aos três poderes constituídos, incluso ao Judiciário no desempenho de sua função típica, sendo que como preleciona a Corte Interamericana em inúmeros de seus julgados, *todo juiz é juiz interamericano*¹⁵¹. O direito constitucional brasileiro expande seu bloco de constitucionalidade¹⁵² aos demais níveis protetivos sempre em prol do comando que melhor atenda, em cada situação da vida real, a dignidade humana.

Dentre os modelos que prestigiam uma interpretação constitucional comparativa destacam-se o modelo universalista; o modelo dialógico; e o modelo genealógico, os quais, na verdade, são grupos que aglutinam métodos de procedimento dos quais se utilizam os estudiosos e os profissionais do direito constitucional para enfrentarem os problemas constitucionais, com observância de normas e decisões internacionais de proteção aos direitos humanos, como é um exemplo a Convenção Americana de Direitos Humanos.

151 *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de novembro de 2003, Série C No. 101, pâr 27

152 "A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enumerados sob forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de normas fundamentais previsto pelo Texto Constitucional. [...] Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado "bloco de constitucionalidade", densificando a regra constitucional positivada no § 2.º do art. 5.º, caracterizada, como cláusula constitucional aberta." (PIOVESAN, 2012. p.111).

As três abordagens apresentadas aglutinam diversos métodos de procedimentos, dentre os quais os mais conhecidos são: migração de ideias constitucionais; fertilização cruzada; transplantes constitucionais; empréstimos constitucionais; e diálogos judiciais transnacionais. Todos eles, em cada uma das suas especificidades, garantem ao intérprete dos direitos humanos e fundamentais um conjunto de premissas metodológicas e aportes teóricos que justificam a utilização expressa de normas internacionais como fundamentos de decisões internas.

Da análise dos discursos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, tendo como parâmetro as ideias de cidadania transnacional e de diálogos transnacionais, chegou-se à conclusão de que já existe por desta Corte um esforço de diálogo transnacional, especialmente nos precedentes mais recentes, adequado ao constitucionalismo multinível, mas que os precedentes selecionados ainda não se apresentam como exemplos contundentes de que há consciência argumentativa nos discursos da maioria dos Ministros da Corte Suprema brasileira quanto aos benefícios de proteção de direitos humanos e fundamentais do cidadão brasileiro numa perspectiva aberta, plural e com diálogos de fontes.

BIBLIOGRAFIA

- ALFORD, William P. On the limits of 'Grand Theory' in comparative law, in *Washington Law Review*, vol. 61, 1986.
- ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Tradução: Prof. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. New York : Cambridge University Press, 2006.
- _____. Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation, in *Indiana Law Journal*, vol. 74, nº. 3, p. 819-892, 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1624070>; Acessado em 02/02/20.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2004.
- FACHIN, Melina Girardi . *Fundamentos dos Direitos Humanos: Teoria e Práxis na Cultura da Tolerância*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- _____. (org.). *Direito constitucional multinível: diálogos a partir do direito internacional dos direitos humanos*. Curitiba: Editora Prismas, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia*. V. 2. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- FLETCHER, George P. Constitutional identity. In: ROSENFELD, Michel (ed). *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspectives*. Durham; London: Duke University Press, 1994.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos: conflito e critério de solução*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: dez. 2012.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 2003.
- MARKESINIS, Basil. *Learning from Europe and learning in Europe*, in *The gradual convergence: foreign ideas, foreign influences and english law on the eve of the 21st century*. Oxford : Basil Markesinis editor, 1994.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSENFELD, Michel (ed). *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspectives*. Durham; London: Duke University Press, 1994.

SCHEECK, Laurent. *Constitutional activism and fundamental rights in Europe: common interests through transnational socialisation*. Disponível em: <www.polilexes.com/.../constitutional_activism.pdf>. **Acessado em: fevereiro de 2013.**

_____. The relationship between the European Courts and integration through human rights in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 65, n° 4, pp. 837-885, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de Direitos Fundamentais*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005.

_____. *Transjusfundamentalidade – Diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba: Editora CRV, 2014.

_____.; MELO, Larissa Maria Melo. A interpretação evolutiva do conceito de soberania à luz da internacionalização do Direito, In: *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2009, Maringá-PR. Anais de Maringá, 2009.

SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*, Trad. José Maria Beneyto Pérez. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. 3a. Ed. Oxford University Press, 1998.

5.

O USO DOS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

Manuelita Hermes Rosa Oliveira Filha

RESUMO: O artigo tem como objetivo fornecer um estudo da existência, do papel e do eventual impacto de uma *judicial cross-fertilization* entre o Supremo Tribunal Federal do Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos na determinação da competência da Justiça Militar. Pode-se dizer que a nova Constituição criou uma atmosfera jurídica ainda mais significativa e relevante na América Latina, uma vez que essa região historicamente não possui a mesma solidez democrática que pode ser observada nos países mais desenvolvidos. Portanto, o Poder Judiciário tem o papel de aprimorá-lo em uma sociedade que busca robustecer a garantia dos direitos fundamentais. Além disso, a emergência dessa nova ordem constitucional e democrática criou uma enorme abertura para o país participar de organizações internacionais. Portanto, primeiramente, o artigo mostra o contexto constitucional brasileiro e os atuais princípios constitucionais que entraram em vigor após a ditadura. Ao conhecer essa realidade, esta pesquisa tem como objetivo apresentar os dados sobre o uso dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos julgamentos constitucionais brasileiros sobre a jurisdição dos Tribunais Militares. Concluindo, após a ditadura e a nova Constituição, o Supremo Tribunal Federal foi aberto à recepção de precedentes estrangeiros para proteger os direitos fundamentais e fortalecer a democracia. Há ampla margem de aprofundamento da abertura ao uso dos precedentes da Corte Regional como um instrumento técnico de diálogo harmônico para a tomada de decisões e reforço da proteção dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Supremo Tribunal Federal. Justiça Militar. Diálogo entre Cortes.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Contextualização histórico-constitucional: Constituições – ditadura – (re) Constituição; 3. O uso dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos na definição da competência da Justiça Militar; 4. Análise dos dados; 5. Efetivação do controle de convencionalidade: por uma construção dialógica e harmonizadora dos direitos humanos; 5. Efetivação do controle de convencionalidade: por uma construção dialógica e harmonizadora dos direitos humanos; 6. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O artigo tem como objetivo fornecer um estudo da existência, do papel e do impacto da *judicial cross-fertilization* entre o Supremo Tribunal Federal do Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) na determinação da competência da Justiça Militar.

Pode-se dizer que a nova Constituição criou uma atmosfera jurídica ainda mais significativa e relevante na América Latina, uma vez que essa região historicamente não possui uma robusta solidez democrática que pode ser observada em outras localidades, como no ocidente europeu, por exemplo. Portanto, o Poder Judiciário tem o papel de aprimorá-la em uma sociedade que ainda tenta fortalecer e estabilizar a garantia de direitos fundamentais.

Além disso, a emersão dessa nova ordem constitucional e democrática criou uma enorme abertura para o país participar de organizações internacionais. Nessa linha de intelecção, primeiramente, o artigo mostra o contexto constitucional brasileiro e os atuais princípios constitucionais que entraram em vigor após a ditadura.

Ao conhecer essa realidade, esta pesquisa tem como objetivo apresentar os dados sobre o uso dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos julgamentos constitucionais brasileiros sobre a jurisdição da Justiça Militar.

O objetivo é entender se há uma interação judicial entre os Tribunais por meio do uso desses precedentes internacionais nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Para atingi-lo, a *research question*, ponto de partida do estudo, é a seguinte: como os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos são citados pelo Supremo Tribunal Federal em casos sobre a competência da Justiça Militar?

A pesquisa dos dados foi realizada com base no sistema de busca eletrônica fornecido pela página oficial do Supremo Tribunal Federal. O critério utilizado foi a introdução das palavras-chave *Corte Interamericana de Direitos Humanos* e *Tribunais Militares*. Em seguida, as decisões foram lidas a fim de fornecer uma seleção dos casos que efetivamente tratavam de julgamentos relativos à Jurisdição Militar.

Procedeu-se, ademais da análise quantitativa, à qualitativa, com o fito de apreciar especificamente se as decisões expressam a interação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Cuida-se, por conseguinte, de pesquisa empreendida no âmbito do direito comparado. Seguiu-se, quanto ao método comparado no direito internacional, o ensinamento de Cançado Trindade, que parte da premissa da fragmentação do *jus gentium* e vislumbra um estudo da aplicação do direito internacional por cada unidade estatal. O autor deduz que os resultados podem ser a identificação de *normas uniformes* de resolução de controvérsias internacionais e uma melhor compreensão a partir do conhecimento de como se posiciona cada Estado quanto à matéria. Por fim, preconiza que o conhecimento aprofundado de cada sistema jurídico resvalará na maior eficácia do direito internacional (CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 147-148).

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL: CONSTITUIÇÕES – DITADURA – (RE) CONSTITUIÇÃO

O Brasil tem a sua origem moderna baseada na colonização efetivada por Portugal, após a sua chegada ao país em 22 de abril de 1500. Sendo colônia, foi sujeito a um domínio absoluto e regido por leis da metrópole (SANTOS, 2005, p. 23; FAUSTO, 2004, p. 35-140). Como forma de organização administrativa, houve a divisão do território nas chamadas *capitanias hereditárias* a partir do ano 1534, criando-se, por conseguinte, núcleos de povoamento e gestão levados a cabo pelos denominados *donatários*, que eram os titulares desta espécie de descentralização do poder.

A partir dessa primeira forma de administração do território, fora instituído, posteriormente, em 1549, o sistema de *governadores gerais*. O primeiro Governador-Geral fora Tomé de Sousa, responsável por imprimir um caráter unitário à colônia. Deste período advém um documento relevante, o denominado *Regimento do Governador-Geral*, que seria uma antecipação de uma carta política.

A evolução histórica do sistema político-administrativo da colônia delineou-se no sentido de aumentar a dispersão e a fragmentação do poder dos colonos, que fora, aos poucos, subdividido, levando-se ao início fático da fase monárquica em 1808, com a chegada de D. João VI ao país, e ao fim do regime colonial em 1815, momento em que o Brasil fora erigido a *Reino Unido a Portugal*. Merece destaque, outrossim, a proclamação da Independência em 7 de setembro de 1822 (BETHELL, 2001, p. 187-230).

A formação de uma nobreza brasileira, composta de uma aristocracia intelectual com raiz acadêmica majoritariamente europeia conduziu à criação de um movimento constitucional que culminou na *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824.

A centralização monárquica, contudo, cedeu às forças republicanas e descentralizadoras que ganharam o poder necessário para a proclamação da República Federativa do Brasil em 15 de novembro de 1889. Mais tarde, após a instauração de uma assembleia constituinte, fora promulgada a primeira Constituição da República, a denominada *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, em 24 de fevereiro de 1891. O país passou a adotar, então, como forma de governo, a república, e como forma de Estado, a federação.

Em apertada síntese, o Brasil, ao longo de seu percurso histórico e da evolução e involução político-jurídica no seu ordenamento, possuiu, ainda, outras Constituições, a saber: a *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, promulgada em 16 de julho de 1934, que criou como órgão do Poder Judiciário a Justiça Eleitoral, elencou direitos políticos, dentre eles o voto feminino, além de apresentar, influenciada pela Constituição alemã de Weimar, um título sobre a ordem econômica e social; a *Consti-*

tuição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada em 10 de novembro de 1937, de natureza ditatorial, que ampliou os poderes do Executivo; a *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, promulgada em 18 de setembro de 1946, que restabeleceu a democracia no país; a *Constituição do Brasil*, outorgada em 24 de janeiro de 1967, inspirada pela Carta Política de 1937; a Emenda Constitucional nº 1, que, sob o aspecto material, era uma verdadeira Constituição, outorgou a *Constituição da República Federativa do Brasil* em 30 de outubro de 1969; e, finalmente, a *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988, após o labor da Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana.

Como visto, o país possuiu duas Cartas Constitucionais formais com natureza ditatorial, as de 1937 e de 1967. Ademais, a “Emenda Constitucional” nº1, de 1969, pode ser considerada materialmente uma Constituição e recrudescer o regime de exceção no território brasileiro.

Quanto ao primeiro período ditatorial, referente ao chamado Estado Novo, frise-se que não representou uma ruptura na conjuntura anterior, uma vez que a sua formação foi paulatinamente delineada desde 1930. Representou uma grande centralização administrativa e a concentração do poder. A Constituição de 1937 possuía “disposições finais e transitórias” que eram o fundamento jurídico do regime autoritário, mormente considerando que suspenderam as liberdades civis elencadas formalmente no texto constitucional e previram a concentração de poderes arbitrários no Presidente da “República” – Getúlio Vargas –, que passou a exercer um governo por meio de atos normativos denominados decretos-leis. Os Estados membros da federação brasileira, por sua vez, passaram a ser governados por interventores, de livre nomeação pelo Presidente ditador.

A transição deste período para um suspiro democrático de apenas dezoito anos foi intermediada, após a queda do então Presidente da República, pela assunção do poder nacional pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, seguida de eleições diretas realizadas em dezembro de 1945, com participação de 13,4% da população. Em janeiro de 1946 foram iniciados os trabalhos da constituinte, que culminou na promulgação de uma nova Constituição em 18 de setembro de 1946. Foi restabelecida a democracia no país, com configuração liberal-democrática da República Federativa. Restauraram-se os direitos fundamentais e, no plano dos direitos políticos, merece destaque a previsão da plena igualdade da obrigatoriedade de voto entre homens e mulheres. Saliente-se, também, que, sob a sua vigência, o Brasil vivenciou grande instabilidade política e experimentou um breve período parlamentarista – o segundo da sua história – iniciado em 2 de setembro de 1961, mas restabelecido após plebiscito realizado em janeiro de 1963.

Contudo, a partir de 1963, delinear-se configurações de instabilidade política tamanha, que acarretou a realização de um golpe militar em 1964, implantando-

-se, novamente, a ditadura no Brasil. Por meio dos chamados Atos Institucionais (AI), comandantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica esvaziaram o conteúdo da Constituição de 1946, que foi mantida apenas formalmente até 24 de janeiro de 1967, quando adotada outra Constituição ditatorial.

No período de 31 de março de 1964 ao início da década de 80 (começo da transição para o regime democrático), destacam-se a Junta Militar de governo estabelecida pelo AI-12 em 31 de agosto de 1969 e a “Emenda Constitucional” nº1, de 20 de outubro de 1969. Houve, outrossim, desrespeito aos direitos fundamentais de forma generalizada, caracterizado, em suma, dentre outros atos delinearam o conflito, por: reforço do Poder Executivo; enfraquecimento do Legislativo, inclusive com suspensão de imunidades parlamentares e fechamento do Congresso Nacional; transferência de competências do Poder Judiciário para a Justiça Militar; instauração de incomunicabilidade dos presos e desrespeito ao princípio do contraditório nos inquéritos policiais; suspensão de direitos políticos; perseguição e repressão a opositores ao regime autoritário; extinção do pluripartidarismo, reduzindo os partidos antes existentes a apenas dois; suspensão do *habeas corpus* para acusados dos chamados crimes contra a segurança nacional; luta armada, inclusive com execuções sumárias, colocação de bomba no consulado estadunidense em São Paulo e assaltos; prática de tortura (que frequentemente era realizada até a morte); censura aos meios de comunicação e à arte; sequestro de diplomatas para troca por prisioneiros políticos; previsão de pena de banimento do território nacional para brasileiros inconvenientes, nocivos ou perigosos (AI – 13), e de pena de morte para os casos de “guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva” (AI – 14) (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1991, p. 169-272; FAUSTO, 2004, p. 463-515; GASPARI, 2002, p. 127-209).

Após uma paulatina abertura política e, conseqüentemente, jurídica, iniciada no final da década de 70, houve, finalmente, a primeira reunião da Assembleia Nacional Constituinte em 1º de fevereiro de 1987, cujo fruto foi a promulgação, em 5 de outubro de 1988, de uma nova Constituição. Destarte, a Constituição de 1988 – CF/88 – é a Carta Política atualmente vigente no Estado brasileiro. Houve a (re) constituição da democracia, enfim. Instaurou-se, por conseguinte, o período chamado de Nova República no país e previu-se um amplo rol de direitos fundamentais (PEGORARO; RINELLA, 2017, p. 34), com um nítido caráter (re) democrático (BARROSO, 2011, p. 245-247) e o aporte de normas que buscam efetivar a cidadania.

A Constituição do Brasil e todo o ordenamento jurídico do país derivam do *Civil Law* (DAVID; JAUFFRET-SPINOSI, 1994, p. 15-18; GAMBARO; SACCO, 2014, p. 12-16; PIZZORUSSO, 1983, p. 69-81; ANCEL, 1980, p. 55-59), com aspectos que singularizam o subsistema latino-americano. Apesar das influências de institutos

jurídicos estadunidenses, que foram recentemente “importados”, não há que se falar em desconfiguração do sistema adotado.

Em breves linhas, o Brasil possui uma Constituição escrita, que prevê um amplo rol de direitos fundamentais e garantias, bem como princípios que norteiam a interpretação constitucional, como previsto em seu artigo 1º, que inaugura o *Título I – Dos Princípios Fundamentais* (BRASIL, 1988). Houve uma clara opção do constituinte por erigir a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho a fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro. Isso revela a natureza da Constituição e estabelece um norte interpretativo indispensável à sua aplicação.

No que concerne ao tema objeto deste trabalho, cabe pontuar, ainda, a previsão constitucional de princípios que regem a atuação internacional do país, observados no seu artigo 4º¹⁵³. Merece destaque, por total conformação com o tema desta pesquisa, o princípio atinente à prevalência dos direitos humanos, que alberga e justifica a participação do Brasil em organizações internacionais que visem à promoção e à proteção dos direitos humanos. Este princípio é balizador da interpretação constitucional e da tomada das decisões judiciais, consubstanciando-se em premissa do ordenamento jurídico (BARROSO, 2001, p. 146-158).

3. O USO DOS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

Foi com a chegada da corte portuguesa ao Brasil que se deu a necessidade de instituir a Justiça Militar na colônia, à época integrando o Poder Legislativo. O Príncipe Regente Dom João VI expediu alvará com força de lei, em 1º de abril de 1808, e criou o Conselho Supremo Militar e de Justiça (CSMJ). Trata-se, portanto, do primeiro Tribunal Superior de Justiça no país: a Justiça Militar é a mais antiga do Brasil.

O Conselho foi presidido, durante longo período, por autoridades que marcaram a história do Brasil, iniciando com Dom João, que foi sucedido por Dom Pedro I e II e pelos marechais Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto. Era conduzido na forma de escabinato, com quinze membros da sociedade detentores de saber jurídico, sendo doze

153 “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

militares e três civis, aos quais foram atribuídas funções jurisdicionais e administrativas.

Nasceram também neste período os Conselhos de Guerra, constituindo a primeira instância e, por tabela, o princípio do duplo grau de jurisdição (JÚNIOR; ROCHA, 2017, p. 21-41). A princípio, os Conselhos funcionavam apenas no Rio de Janeiro e, a partir de 1813, tem outras localidades.

No fim do século XIX, foi instituído o Supremo Tribunal Militar (STM), que era conhecido por ser o único tribunal realmente independente no Brasil; posteriormente, inclusive, com maior independência em relação ao Executivo do que o Supremo Tribunal Federal (STF) (RIBEIRO, 2008).

As Juntas de Justiça e as Comissões Militares foram instituições importantes que, iniciadas naquele momento, duraram longos anos. O papel das Juntas foi fundamental nas províncias afastadas do Rio de Janeiro, já que, com a determinação de Dom João VI, julgavam até réus civis. As Comissões, por sua vez, foram criadas com competência para processar e julgar líderes de revoltas, que se tornaram o grande problema da Coroa.

Foi a Constituição da República de 1891 responsável por determinar as competências da Justiça Federal e da Justiça dos Estados. Inovou ao instituir foro especial para quem cometesse crimes militares e manteve o direito de restrição da perda da patente para condenações superiores a dois anos com decisão transitada em julgado.

O Código Penal da Armada foi criado no final do século XIX; no século XX, regulamentou também o Exército e a Aeronáutica. Com a chegada da República, a Corte, integrada por quinze membros, passou a ter como representantes oito ministros do Exército, quatro da Armada e três juízes.

A composição do STM modificou-se para, em 1926, com o Código da Justiça Militar, ter dez Ministros, sendo três oficiais gerais do Exército, dois da Armada e cinco cidadãos diplomados em Direito que deveriam cumprir determinados requisitos que demonstrassem experiência e aptidão à função¹⁵⁴.

A Constituição de 1934, finalmente, retirou da Justiça Militar a função administrativa. O STM passou a integrar o Poder Judiciário e era composto de onze Ministros vitalícios, quatro do Exército, três da Armada e quatro civis (três auditores e um cidadão com saber em ciências sociais). É também neste momento que se estende o foro aos civis em caso de crimes contra a segurança externa e instituições militares.

Após o advento da Constituição de 1937, nasceu em 1938 o novo Código da Justiça Militar. Foi com a Constituição de 1946 que o nome da Corte mudou de Supremo Tribunal Militar para Superior Tribunal Militar. Esta Carta também criou as Justiças Militares Estaduais.

154 Assim, tais cidadãos deveriam ter ao menos seis anos de experiência na magistratura, no Ministério Público ou na prática advocatícia, poderiam, ainda, ser auditores de segunda entrância em exercício.

Ocorre que, em 1964, inicia-se a ditadura militar, dando espaço aos Atos Institucionais, responsáveis pela imensa alteração da Carta Magna. Inicialmente, modificou-se a composição do Superior Tribunal Militar, que voltou a ter quinze Ministros, nomeados pelo Presidente. A competência da Justiça Militar dilata-se para julgar Governadores e Secretários de Estado por crimes contra a segurança nacional. Neste período, o STM passou a decidir sobre as prisões de civis e militares detidos para investigações e averiguações de cunho político (SILVA, 2011, p. 26).

Em 1970, entra em vigor o Decreto-Lei nº 1.001 de 1969, o Código Penal Militar (CPM), inovando a sistemática com previsões de princípios e institutos, alguns deles que só adentraram o Código Penal comum (CP) anos depois, como o instituto da delação premiada.

A Constituição de 1988 manteve a composição da Corte em quinze ministros, bem como a Justiça Militar como órgão do Judiciário. Foi retirada a competência da JM quanto aos crimes políticos, incumbidos à Justiça Federal. As alterações do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar transferiram para a Justiça Comum a competência quantos aos crimes dolosos contra a vida cometidos por militares contra os civis.

A Justiça Militar da União permanece sob a forma de escabinato, combinando saberes de magistrados civis e militares. A primeira instância da Justiça Militar da União passou a ser composta pelas auditorias, que julgam processos referentes ao Exército, à Marinha e Aeronáutica; e a segunda – e última – instância, pelo Superior Tribunal Militar. Os Ministros são indicados pelo comandante de cada Força ao Ministro da Defesa; passam por sabatina e sujeitam-se à aprovação do Senado Federal. Em seguida, são nomeados pelo Presidente da República.

A Justiça Militar Estadual julga os militares estaduais, é dizer, policiais militares e bombeiros, que pratiquem crimes desta natureza. Por sua vez, a Justiça Militar da União julga militares das Forças Armadas que tenham praticado crimes militares e os civis que praticaram crimes contra as instituições militares da União.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) assim dispõe sobre a Justiça Militar da União:

Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:

I - o Superior Tribunal Militar;

II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

Há competência para julgar crimes militares praticados por civis ou militares, conforme condutas tipificadas pelo Código Penal Militar – CPM – no art. 9º¹⁵⁵ (BRASIL, 1969), para o tempo de paz, e no art. 10¹⁵⁶, para o de guerra. Elencam-se condutas

155 “Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada. (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)”.

156 “Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:

I - os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;

II - os crimes militares previstos para o tempo de paz;

III - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente:

a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado;

b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares

definidas como crime, em ausência de um conceito jurídico de crime militar. A Lei 13.491/17 (BRASIL, 2017), no entanto, trouxe alterações ao artigo 9º do CPM, de modo a ampliar a competência da Justiça Militar da União. Trata-se do reflexo do alargamento da presença das Forças Armadas na promoção da segurança pública urbana do país, em decorrência do recrudescimento da política de garantia da lei e da ordem. Nessa linha, a nova Lei, ao considerar “militares” os crimes previstos na legislação comum – tais como tortura, organização criminosa e abuso de autoridade – dilatou o conceito de crime militar (conceito jurídico indeterminado) e, por consequência, dará margem a um maior número de julgamentos de civis pela Justiça Militar da União em tempos de paz, devido à majoração da quantidade de potenciais situações que poderão configurar a prática de crimes militares. Assim, antes os crimes militares denominados impróprios eram previstos pelo Código Penal Militar, embora tivesse igual definição na lei penal comum. Atualmente, após a vigência da Lei 13.491/17, os crimes podem ser os tipificados no Código Penal Militar ou na legislação comum.

Antevista, de logo, a necessidade de apreciação da constitucionalidade desta lei pelo Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo de reapreciação da jurisprudência da Corte acerca do julgamento de civis pela Justiça Militar, frente à expansão da competência.

Nesse contexto, passa-se a analisar a casuística do STF e a averiguar a existência de influência da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao tema.

4. ANÁLISE DOS DADOS

O período da pesquisa iniciou na vigência da Constituição Federal de 1988 até o ano de 2018, considerando que várias ações relativas ao tema tinham julgamento pendente e com previsão de sessão em pauta prevista para o ano de 2019 (não realizada), com possibilidade de alteração do entendimento da Corte quanto aos poderes da jurisdição Militar.

A coleta de dados foi realizada por meio do sistema eletrônico disponibilizado na página *web* oficial do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁷. O critério usado foi a introdução das palavras *Corte Interamericana de Direitos Humanos* e *Tribunais Militares*.

Da quantidade encontrada, a leitura das decisões proporcionou a seleção dos casos que efetivamente lidaram com a citação de precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que, frequentemente, os termos eram mencionados pela doutrina que subsidiou a fundamentação do julgamento ou pela jurisprudência nacional que deu suporte à decisão (citações indiretas).

ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo;

IV - os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado.”

157 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

O objeto da pesquisa abrangeu acórdãos, é dizer, decisões colegiadas emanadas pelo Plenário do STF ou por suas Turmas, bem como decisões monocráticas: aquelas tomadas por um único Ministro, o Relator do caso (BRASIL, 2015).

Inicialmente, o resultado da pesquisa permitiu encontrar decisões dos dois tipos: um universo total de seis acórdãos¹⁵⁸ e dezessete decisões monocráticas¹⁵⁹. Em todos os julgamentos, o precedente citado foi o caso *Palamara Iribarne c. Chile*¹⁶⁰, como mostrado abaixo:

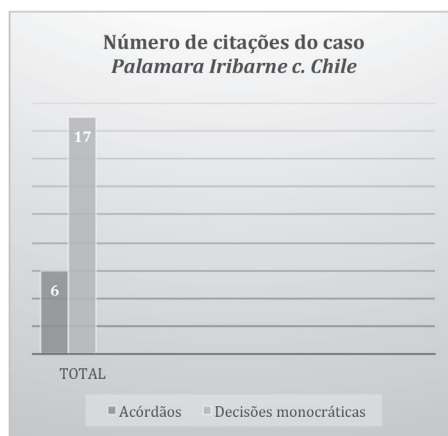


Gráfico 1

158 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Segunda Turma, HC 106171/AM, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 1/3/2011, DJe 14/4/2011; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Segunda Turma, HC 109544 MC/BA, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 9/8/2011, DJe 31-08-2011; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Segunda Turma, HC 105256/PR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 12/6/2012, DJe 8/02/2013; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Segunda Turma, HC 112936/RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 5/2/2013, DJe 17/5/2013; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Segunda Turma, HC 110237/PA, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 19/2/2013, DJe 4/3/2013; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Segunda Turma, HC 110185/SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 14/5/2013, DJe 30/10/2014.

159 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 106171 MC/AM (MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS), Relator: Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 16/11/2010, DJe 26/11/2010; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 110237 MC/PA (MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS), Relator: Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 12/9/2011, DJe 16/9/2011; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 110274 MC/SP (MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS), Relator: Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 14/9/2011, DJe 19/9/2011; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 110122 MC/SC (MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS), Relator: Min. LUIZ FUX, Julgamento: 27/3/2012, DJe 30/3/2012; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 110143 MC/RS (MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS), Relator: Min. LUIZ FUX, Julgamento: 27/03/2012, DJe 30/3/2012; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 113167 MC/SP (MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS), Relator: Min. LUIZ FUX, Julgamento: 18/04/2012, DJe 20/4/2012; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 113477 MC/CE (MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS), Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 7/5/2012, DJe 10/5/2012; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 114559 MC/RS (MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS), Relator: Min. LUIZ FUX, Julgamento: 13/9/2012, DJe 18/9/2012; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 115181 MC/BA (MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS), Relator(a): Min. LUIZ FUX, Julgamento: 19/9/2012, DJe 21/9/2012; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 115912 MC/BA (MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS), Relator: Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 18/12/2012, DJe 1/2/2013; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 115433 MC/SC (MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS), Relator: Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 18/12/2012, DJe 01/02/2013; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 115549 MC/BA (MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS), Relator: Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 4/2/2013, DJe 7/2/2013; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 118160 MC/C (MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS), Relator: Min. LUIZ FUX, Julgamento: 11/6/2013, DJe 14/6/2013; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 115549/BA, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 10/6/2014, DJe 17/6/2014; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 130210/SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 10/9/2015, DJe 15/9/2015; HC 119498/RJ, Relator: Min. CARMEN LÚCIA, Julgamento: 4/12/2015, PUBLIC 10/12/2015; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 135161/PE, Relator: Min. EDSON FACHIN, Julgamento: 19/12/2018, DJe 4/2/2019.

160 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Palamara Iribarne c. Chile*, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 22 de novembro de 2005, Série C N°. 135.

Evidente que as decisões tomadas individualmente mostraram uma maior dedicação ao uso do precedente.

É oportuno identificar a frequência das citações feitas nos julgamentos realizados pelo STF por ano, resultado indicado de acordo com a data do julgamento (e não com a data da publicação), conforme abaixo se vê:

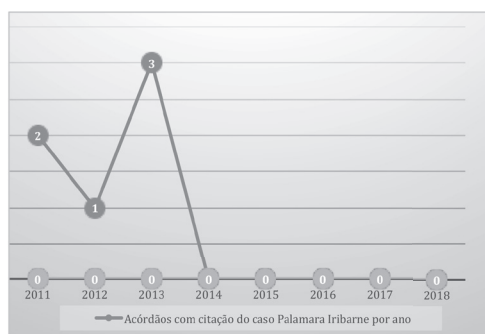


Gráfico 2

A pesquisa revela números positivos apenas a partir do ano de 2011.

No que concerne à identificação da frequência de citações por ano em relação às decisões monocráticas, o resultado, seguindo a data de julgamento, é ilustrado no gráfico abaixo:



Gráfico 3

Há o uso do precedente a partir do ano de 2010.

Apesar da quantidade de casos encontrados, no total de 23 decisões com citação do mesmo precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma análise qualitativa revela que se trata, em verdade, de acórdãos e decisões monocráticas que giram em torno de um mesmo precedente do Supremo Tribunal Federal, ou melhor, do entendimento de um Ministro, o decano da Casa, Celso de Mello.

Isso porque todas as decisões proferidas em colegiado, ou seja, acórdãos, foram proferidas em processos cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, em julgamentos realizados entre março de 2011 e maio de 2013 pela Segunda Turma do STF.

O primeiro entendimento sufragado pelo colegiado foi exarado no bojo do *habeas corpus* (HC) 106171/AM, julgado em 1º de março de 2011, assim ementado:

HABEAS CORPUS” – CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO - FALSIFICAÇÃO/USO DE CADERNETA DE INSCRIÇÃO E REGISTRO (CIR), EMITIDA PELA MARINHA DO BRASIL - LICENÇA DE NATUREZA CIVIL - **CARÁTER ANÔMALO DA JURISDIÇÃO PENAL MILITAR SOBRE CIVIS EM TEMPO DE PAZ – OFENSA AO POSTULADO DO JUIZ NATURAL - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR - PEDIDO DEFERIDO. A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS CASTRENSES, DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO JUIZ NATURAL. - A competência penal da Justiça Militar da União não se limita, apenas, aos integrantes das Forças Armadas, nem se define, por isso mesmo, “*ratione personae*”. É aferível, objetivamente, a partir da subsunção do comportamento do agente – de qualquer agente, mesmo o civil, ainda que em tempo de paz – ao preceito primário incriminador consubstanciado nos tipos penais definidos em lei (o Código Penal Militar). - O foro especial da Justiça Militar da União não existe para os crimes dos militares, mas, sim, para os delitos militares, “*tout court*”. E o crime militar, comissível por agente militar ou, até mesmo, por civil, só existe quando o autor procede e atua nas circunstâncias taxativamente referidas pelo art. 9º do Código Penal Militar, que prevê a possibilidade jurídica de configuração de delito castrense eventualmente praticado por civil, mesmo em tempo de paz. A REGULAÇÃO DO TEMA PERTINENTE À JUSTIÇA MILITAR NO PLANO DO DIREITO COMPARADO. - Tendência que se registra, modernamente, em sistemas normativos estrangeiros, no sentido da extinção (pura e simples) de tribunais militares em tempo de paz ou, então, da exclusão de civis da jurisdição penal militar: Portugal (Constituição de 1976, art. 213, Quarta Revisão Constitucional de 1997), Argentina (Ley Federal nº 26.394/2008), Colômbia (Constituição de 1991, art. 213), Paraguai (Constituição de 1992, art. 174), México (Constituição de 1917, art. 13) e Uruguai (Constituição de 1967, art. 253, c/c Ley 18.650/2010, arts. 27 e 28), v.g.. - Uma relevante sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, de 2005): determinação para que a República do Chile, adequando a sua legislação interna aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, adote medidas com o objetivo de impedir, quaisquer que sejam as circunstâncias, que “um civil seja submetido à jurisdição dos tribunais penais militares (...)” (item nº 269, n. 14, da parte dispositiva, “Puntos Resolutivos”). - O caso “ex parte Milligan” (1866): importante “landmark ruling” da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. O POSTULADO DO JUIZ NATURAL REPRESENTA GARANTIA CONSTITUCIONAL INDISPONÍVEL, ASSEGURADA A QUALQUER RÉU, EM SEDE DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO QUANDO INSTAURADA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. - É irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo - considerado o princípio do juiz natural -, que ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. Nenhuma pessoa, em consequência, poderá ser subtraída ao seu juiz natural. A nova Constituição do Brasil, ao proclamar as liberdades públicas - que representam limitações expressivas aos poderes do Estado -, consagrou, de modo explícito, o**

postulado fundamental do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”¹⁶¹.

A Segunda Turma do STF, após reconhecer a tendência do direito comparado a rechaçar o julgamento de civis pela Justiça Militar em tempos de paz, admitiu o caráter anômalo da jurisdição militar sobre civis nessa situação.

Apesar de, no caso concreto, ter sido declarada a incompetência da Justiça Militar para processar e julgar o caso examinado, o fundamento jurídico da decisão teve esteio nas regras de competência definidas pela natureza do crime militar, que, *in casu*, não teria sido configurado. Isso porque o crime cometido pelo impetrante do *habeas corpus* foi o de falsificação de carteira de inscrição e registro, emitida pela Marinha do Brasil. O Tribunal entendeu que se tratava, em verdade, de licença de natureza civil, embora expedida pela Marinha. Não estaria configurado o crime militar nos termos legais, razão pela qual a Justiça Militar não seria a competente, embora possa julgar civis, seja em tempos de paz, seja em tempos de guerra.

Insta conferir o seguinte excerto do voto do Relator:

Desse modo, e considerando **os precedentes** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria ora em análise, **reconheço configurada**, no caso, **a absoluta incompetência** da Justiça Militar da União, **para processar e julgar** os ora pacientes, **que são civis, a quem** e imputou a prática de delito que, evidentemente, **não** se qualifica como crime de natureza militar.

Na situação examinada, julgou-se ausente, portanto, a natureza militar do delito, uma vez que este tem um conceito legal, objetivo. Haveria, por conseguinte, ofensa ao princípio do juiz natural caso houvesse o julgamento pela jurisdição militar.

O precedente da Corte IDH foi citado apenas *obiter dictum*, sem que fossem estudados os meandros do caso, nem a fundamentação utilizada pela Corte. Após mencionar uma síntese do caso *Palamara Iribarne c. Chile*, assim registrou o Relator em seu voto:

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem entendido, em casos idênticos ao ora em análise, que não se tem por configurada a competência da Justiça Militar da União, em tempo de paz, tratando-se de réus civis, se a ação eventualmente delituosa, por eles praticada, não afetar, de modo real ou potencial, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares que constituem, em essência, os bens jurídicos penalmente tutelados.

Mostra-se grave, por isso mesmo, a instauração, em tempo de paz, de inquérito policial militar (IPM) contra civil, com o objetivo de submetê-lo, fora dos casos autorizados em lei, a julgamento perante a Justiça Militar da União!

161 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 106.171/AM, 2ª Turma, Relator: Min. Celso de Mello, j. 1/3/2011, DJe 17/3/2011.

Como visto: de um lado, a Corte Interamericana entende e determina que os civis não sejam, em nenhuma hipótese, submetidos a julgamentos por tribunais penais militares; do outro, o STF adota uma interpretação restritiva que admite o caráter excepcional do exercício da jurisdição militar sobre civis a qualquer tempo.

No *leading case* brasileiro, não houve a indicação expressa de que o Brasil estava a seguir a tendência delineada na decisão por meio de referências a disposições normativas de outros países. À luz da metodologia do direito comparado, não foi externada a da razão da escolha do caso *Palamara Iribarne c. Chile* dentre os demais da jurisprudência da Corte IDH, bem como do caso *ex parte Milligan*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1866.

O julgamento do caso *Palamara c. Chile* envolveu a publicação de um livro, em março de 1993, pelo Sr. Humberto Antonio Palamara Iribarne, oficial da Marinha Chilena aposentado, que à época trabalhava contratado como assessor técnico das Forças Armadas; servidor civil da Marinha, pois. A obra, intitulada “*Ética y Servicios de Inteligencia*”, versava sobre inteligência militar e a adequação a parâmetros éticos. Não teve, porém, a publicação autorizada pela Marinha. Ainda assim, foi publicada e, por isso, apreendidos todos os exemplares que estavam sob a posse do autor, ao argumento de configuração de atentado à segurança pública e à defesa nacional.

Ademais, o texto integral foi eliminado dos arquivos do Sr. Palamara Iribarne, que foi processado na justiça militar chilena sob a acusação de ter cometido os seguintes crimes: desobediência, violação de deveres militares e desacato, que levaram à sua prisão. A condenação foi à pena de 61 dias de reclusão, ao pagamento de multa, à suspensão do cargo durante o tempo da condenação e ao pagamento das custas do processo. Mesmo após a interposição de recurso de apelação, ao argumento de incompetência da Justiça Castrense para a apreciação e o julgamento do feito, foi mantida a competência da Justiça Militar e, por consequência, permaneceu a condenação, ainda que a sentença original tenha sido parcialmente reformada.

Foi então – após o esaurimento das vias nacionais – que o sistema interamericano se revelou de grande utilidade. A petição foi apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 16 de janeiro de 1996. O Caso chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 13 de abril de 2004.

Após discorrer sobre os direitos à liberdade de expressão¹⁶² e à propriedade privada, a Corte, especificamente quanto à natureza militar do crime imputado e à competência da jurisdição militar para julgar civis em tempos de paz, enten-

162 Comentando o julgamento, Palmina Tanzarella (2017, p. 396) esclarece que a Corte reafirmou um entendimento exarado na Opinião Consultiva 5/85 e distinguiu entre violações da liberdade de expressão decorrentes de situações em nenhum caso admissíveis e violações que dependem de uma ponderação com outros direitos ou valores, como segurança nacional, ordem pública e moral pública, como ocorreu no precedente em exame.

deu, em síntese, que o artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969) garante o direito a julgamento por Tribunal competente, imparcial e independente. Considerou, nessa linha de intelecção, que a Justiça Militar deve julgar militares que cometam crimes contra bens jurídicos que envolvam a ordem militar e que isto não foi cumprido pelo Chile, uma vez que o Sr. Palamara Iribarne, por ser aposentado, ainda que contratado, era um servidor civil, não enquadrado como militar. Assim, em tempos de paz, a Justiça Militar é restrita ao julgamento de militares ativos, é dizer, em serviço. Assentou que o “*Chile, como Estado democrático, debe respetar el alcance restrictivo y excepcional que tiene la jurisdicción militar y excluir del ámbito de dicha jurisdicción el juzgamiento de civiles*”. Concluiu que houve violação, pelo Estado chileno, dos artigos 1.1¹⁶³, 2¹⁶⁴, 8.1¹⁶⁵ e 13¹⁶⁶, dentre outros, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana adota, portanto, o princípio da funcionalidade, para limitar a jurisdição militar apenas às condutas praticadas durante o exercício da função militar (MELLO; RABELO NETO, 2019, p. 144). As decisões brasileiras referem-se especificamente ao parágrafo 269, n. 14, da decisão da Corte Interamericana¹⁶⁷, *in verbis*:

163 “Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

164 “Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”

165 “Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

166 “Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.”

167 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Palamara Iribarne c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 de novembro de 2005, Série C N°. 135, § 269.

XIII

PUNTOS RESOLUTIVOS

269. Por tanto,

LA CORTE,

DECLARA:

Por unanimidad, que:

(...)

14. El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares, en los términos de los párrafos 256 y 257 de la presente Sentencia.

Desta forma, a partir dos reiterados julgamentos realizados pela Segunda Turma do STF, este precedente espalhou-se por decisões monocráticas também de outros membros da Corte, tanto por meio de citação direta quanto por citação indireta, isto é, pela transcrição de jurisprudência do próprio STF com a referência ao caso *Palamara Iribarne c. Chile*.

Ademais, verificaram-se decisões monocráticas em que o precedente apareceu como resultado da busca realizada, não por ter sido utilizado como fundamento do julgamento – ainda que como *obiter dictum* –, mas por ter sido invocado pelo próprio impetrante na sua petição do *writ* de *habeas corpus*, com o escopo de obter do STF o mesmo posicionamento da Corte Interamericana.

O gráfico abaixo ilustra os percentuais revelados pela pesquisa:

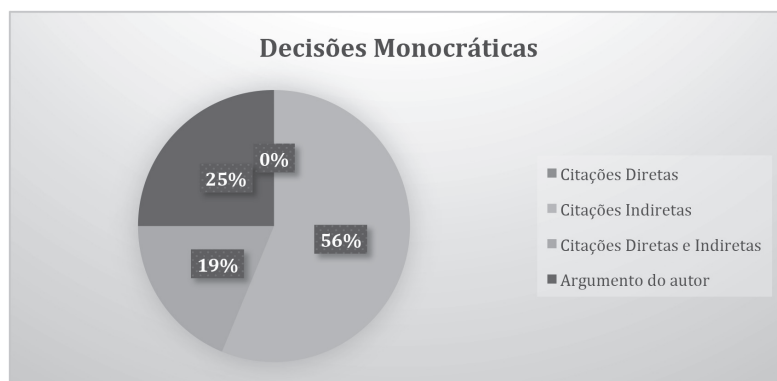


Gráfico 4

Assim, o Supremo Tribunal Federal, seja nos acórdãos, seja nas decisões monocráticas, utiliza apenas um precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos: o do caso *Palamara Iribarne c. Chile*. Além do primeiro Ministro a fazê-lo, outros também mantiveram o mesmo entendimento nas decisões democráticas, como demonstrado a seguir:

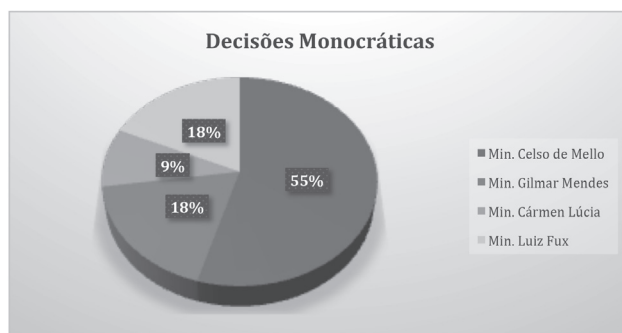


Gráfico 5

Não se pôde aferir, através da pesquisa engendrada, as razões da escolha deste específico precedente dentre todos os demais da jurisprudência da Corte Regional. Um estudo realizado por Rabelo Neto (2016) revela uma profusa jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da jurisdição penal militar, com cerca de 31 casos julgados entre 1997 e 2015, envolvendo 10 Estados Partes, a saber: Nicarágua, Peru, Colômbia, Chile, Guatemala, Argentina, México, República Dominicana, Venezuela e Equador.

A pesquisa demonstrou a existência de vários julgamentos realizados, porém, sempre em uma mesma classe processual, o *habeas corpus*, e com a referência ao mesmo precedente regional, o *Palamara Iribarne c. Chile*. Em todos os julgamentos, o cerne da questão, em verdade, não era a competência abstratamente questionada, mas, sim, uma situação concreta que envolvia o risco ao direito de liberdade em razão da instauração de um processo criminal em juízo supostamente incompetente.

5. EFETIVAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: POR UMA CONSTRUÇÃO DIALÓGICA E HARMONIZADORA DOS DIREITOS HUMANOS

A jurisprudência do STF autodenomina-se de “interpretação restritiva da definição da competência da Justiça Militar da União para o julgamento de civis em tempos de paz”¹⁶⁸ e revela que, embora ciente do entendimento da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal ainda mantém a interpretação em prol da manutenção da jurisdição militar sobre civis a qualquer tempo. Este entendimento

¹⁶⁸ Nesse sentido: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 121.189/PR, 1ª Turma, Relatora: Min. Rosa Weber, Red. para o Acórdão: Min. Roberto Barroso, j. 18/8/2014, DJe 15/9/2014.

remonta ao ano de 1963, quando foi editada a Súmula nº 298 do STF: “O legislador ordinário só pode sujeitar civis à Justiça Militar, em tempo de paz, nos crimes contra a segurança externa do país ou as instituições militares”¹⁶⁹.

Calha destacar o posicionamento claro manifestado em voto vencido do Ministro Celso de Mello em outra oportunidade, na ocasião do julgamento do *habeas corpus* 129.207/PE, em 24 de novembro de 2015, é dizer, mais de quatro anos após o primeiro acórdão que se valeu da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (HC 106.171/AM). Em seu voto, fez referência à fundamentação anterior, expendida no HC 106.171/AM, e expressamente foi a favor de “**deferir** o pedido de ‘*habeas corpus*’ **unicamente em relação** ao paciente civil, **por entender incompetente** a Justiça Militar da União para processar e julgar **civis em tempos de paz**”¹⁷⁰. Trata-se, como dito, de manifestação em voto vencido, uma vez que o colegiado da Segunda Turma denegou a ordem e rechaçou o argumento relativo à incompetência da Justiça Militar para julgar o civil.

Nessa linha de intelecção, não se observa, no Supremo Tribunal Federal, a realização efetiva do controle de convencionalidade,¹⁷¹ desenvolvido desde o caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile* e reafirmada nos casos *Trabajadores Dispensados do Congreso c. Peru* e *Cabrera García e Montiel Flores c. México*¹⁷². Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, incumbe aos juízes nacionais o dever de controlar as normas do direito interno, deixando de aplicá-las em caso de violação do Pacto de Jan José da Costa Rica, ou melhor, do *corpus juris* interamericano.

A incidência do controle de convencionalidade ocorre tanto no âmbito internacional quanto no interno, relativo a cada ordenamento estatal (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2019, p. 4). Na seara internacional, é a própria Corte IDH que se encarrega de verificar a compatibilidade de uma determinada norma com a Convenção Americana, quando da apreciação de um caso concreto que lhe seja submetido.

Já no que atine ao controle interno, a Corte preconiza que todos os agentes do Estado – ou seja, todos os Poderes – devem analisar a consonância das normas a serem interpretadas e aplicadas com a Convenção. Desta atuação podem decorrer os efeitos

169 Em defesa desta postura, mas sugerindo que os juízes militares em atividade, que são vinculados ao Poder Executivo, não participem do julgamento, como forma de garantir a independência e a imparcialidade, ponderam Mello e Rabelo Neto (2019, p. 147).

170 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 129.207/PE, 2ª Turma, Relator: Min. Dias Toffoli, j. 24/11/2015, DJe 19/4/2016.

171 Há na doutrina quem sustente que o Supremo Tribunal Federal deve, como guardião da Constituição, aplicá-la com a realização do controle de convencionalidade e que “(...) todas as ações hoje cabíveis no controle abstrato de constitucionalidade perante o STF servem também ao controle da convencionalidade” (Cf. FIGUEIREDO, 2016, p. 93-98).

172 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de setembro de 2006, Série C Nº. 154; Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Trabajadores Dispensados do Congreso (Aguado Alfaro e outros) c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2006, Série C Nº. 174; e Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Cabrera García e Montiel Flores c. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C Nº. 220.

de a “expulsão” da norma do sistema interno, a interpretação conforme a Convenção e a execução de práticas que demonstrem que o Executivo e o Legislativo perseguem os objetivos convencionais. Além da interpretação do ordenamento interno à luz da Convenção, os Estados devem ter como baliza a jurisprudência da Corte IDH.

Em apreciação do caso *Liakat Ali Alibux c. Suriname*, a Corte Interamericana identificou algumas características do controle de convencionalidade, que podem ser assim sistematizadas: (a) como um mesmo direito pode ter base em fontes jurídicas nacionais e internacionais, incumbe aos juízes verificar o cumprimento não só da Constituição e das leis, mas também dos tratados; (b) a todas as esferas ou níveis do Poder Judiciário toca exercer, *ex officio*, a interpretação convencional que levará à efetivação do controle de convencionalidade; (c) não há um método ou modelo específico e engessado para a realização do controle de convencionalidade – o que importa é a previsão de meios idôneos à sua realização¹⁷³.

Os Estados Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos devem, por conseguinte, utilizar o *corpus juris* interamericano na interpretação das normas nacionais, a fim de verificar a sua congruência com o padrão regional.

O Brasil, porém, quanto ao tema ora em exame, revela ainda uma postura tímida, não suficiente para afastar o enquadramento do país na classificação cunhada por Vicki Jackson como de *resistência* (JACKSON, 2010, p. 20). Isso porque, embora mencione a jurisprudência da Corte Regional, o STF não lhe confere uma relevância como fonte de interpretação de um documento internacional que faz parte do acervo normativo do Estado. Apega-se à visão formal de hierarquia das fontes normativas, segundo a qual, no Brasil, os tratados internacionais de direitos humanos que não tenham sido aprovados nos termos do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, possuem *status* supralegal¹⁷⁴, preservando-se, assim, a supremacia da Constituição. Por isso realiza uma interpretação restritiva, que admite a excepcionalidade do julgamento de civis pela jurisdição militar em tempos de paz, porém sem explicitar as razões de não seguir completamente a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Atualmente, a competência da Justiça Militar para realizar o julgamento de civis é objeto de ações no Supremo Tribunal Federal. O *habeas corpus* 112848/RJ, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, foi impetrado em 24 de março de 2012 por um civil que alega, dentre outros argumentos, a incompetência da Justiça Militar para seu julgamento, uma vez que os supostos crimes teriam sido praticados quando o Exército estava realizando a atividade atípica de policiamento na cidade do Rio de Janeiro.

173 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Liakat Ali Alibux c. Suriname*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de janeiro de 2014, Série C Nº. 276, §§ 124-126.

174 Como definido quando dos julgamentos do recurso extraordinário 466.343-1/SP e do *habeas corpus* 87585/TO (cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, Relator: Min. Cezar Peluso, j. 3/12/2008, Dje 5/6/2009; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno. Habeas Corpus 87585/TO. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 3/12/2008, Dje 25/06/2009).

No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, há a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 5901, Relator o Ministro Gilmar Mendes, ajuizada em 26 de fevereiro de 2018 pelo Partido Socialismo e Liberdade, que questiona a constitucionalidade do art. 9º, § 2º e seus incisos, da Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017, que alterou o Código Penal Militar.

Já a ADI 5804, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, protocolada em 26 de outubro de 2017 pela Associação dos Delegados de polícia do Brasil, tem por objeto o art. 1º da Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017, e o art. 82, § 2º, da Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996, quanto a alterações no artigo 9º (crimes militares em tempos de paz) do Código Penal Militar.

Por fim, também quanto ao controle concentrado, deve-se mencionar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 289, Relator o Ministro Gilmar Mendes, de autoria do Procurador-Geral da República, com o fito de dar ao art. 9º, I e III, do Código Penal Militar, interpretação conforme a Constituição para que seja declarada a incompetência da Justiça Militar para proceder ao julgamento de civis em tempos de paz. Ajuizada em 15 de agosto de 2013, é dizer, antes das alterações realizadas pelas Leis n. 13.491/2017 (BRASIL, 2017) e n. 13.774/2018 (BRASIL, 2018) – que modifica a organização da Justiça Militar da União –, está com tramitação em curso, com a apresentação de manifestações acerca das alterações legislativas referidas.

Calha destacar que a utilização das Forças Armadas para funções consideradas subsidiárias, como a realização de operações em prol da segurança pública e do combate ao crime, na linha da garantia da lei e da ordem, nos termos do artigo 15, § 7º, da Lei Complementar 97/1999, é objeto da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 5032, Relator o Ministro Marco Aurélio, ajuizada em 14.8.2013 pelo Procurador-Geral da República.

Diante do contexto exposto, há, segundo o nosso entender, um grande potencial para que o Supremo Tribunal Federal possa, à luz dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, rever a sua jurisprudência quanto à competência da Justiça Militar para o julgamento de civis em tempos de paz, alinhando-se, finalmente, à postura condizente e harmônica com a da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Vislumbra-se uma possibilidade similar à que ocorreu com a interpretação relativa à prisão civil do depositário infiel, que foi finalmente banida (MAUÉS, 2018, p. 157-169) do ordenamento brasileiro, em harmonia com os documentos internacionais ratificados pelo país, com a manifesta adoção do quanto disposto pela Convenção Americana de Direitos Humanos, que veda, no seu artigo 7.7, a prisão por dívida, salvo em decorrência de inadimplemento de obrigação alimentar. Na ocasião, o voto do Ministro Celso de Mello referiu-se expressamente à necessidade de realização do controle de convencionalidade¹⁷⁵, ainda premente.

175 Em suas palavras: “Deveremos interpretar a convenção internacional e promover, se for o caso, o controle de con-

Desse modo, malgrado até hoje o STF mantenha, mesmo com interpretação restritiva, a competência da Justiça Militar para o julgamento de civis em tempos de paz, vislumbra-se novas oportunidades nas quais o tema poderá ser discutido com profundidade e abertura idôneas a demonstrar uma mudança de postura e um diálogo (SLAUGHTER, 1994, p. 112-113; RAGONE, 2016, p. 458; NEVES, 2014, p. 198) do Tribunal brasileiro com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a utilização da técnica do controle de convencionalidade.

6. CONCLUSÕES

No Brasil, a Justiça Militar da União possui competência para julgar crimes militares cometidos por agentes militares ou mesmo civis em tempos de paz. Isso porque a competência é estabelecida em razão de o *crime* ser militar, e não porque o *agente* é militar. Desse modo, há um crime militar quando o agente comete uma das ações previstas no artigo 9º do Código Penal Militar.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a competência anômala da Justiça Militar da União para o julgamento de civis. O Tribunal costuma julgar casos de requerimentos de *habeas corpus* que envolvem a matéria.

A análise de decisões revelou que o Supremo Tribunal Federal, utilizando um precedente principal, faz referência à tendência do direito comparado a excluir civis da jurisdição militar. Cita, nesta linha, países como Argentina, Colômbia, México, Paraguai, Portugal e Uruguai. E vai além: reporta-se, também, à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao julgamento do caso *Palamara Iribarne c. Chile*.

Embora transite pelo direito comparado, nesta pesquisa não se verificou que o Supremo Tribunal Federal tenha efetivamente seguido a aludida tendência, nem tampouco adotado integralmente o precedente da Corte Regional.

Em verdade, o exame da jurisprudência do Supremo revela que, via de regra, a solução da lide é feita com base no princípio do juiz natural, invocado após a apreciação da natureza do crime cometido, que costuma ser da competência da Justiça Comum Estadual. O STF reafirma a competência da Justiça Militar para julgar civis em tempos de paz, embora a reconheça como anômala ou excepcional.

Além disso, observou-se que o precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos – o caso *Palamara Iribarne c. Chile* – é usado apenas *obiter dictum*, e não como *ratio decidendi*, já que, embora ciente da posição e dos julgamentos da Corte, o Brasil mantém a possibilidade de julgamentos dos civis pela jurisdição militar em tempos de paz.

venconalidade dos atos estatais internos ou domésticos, em ordem a impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, Relator: Min. Cezar Peluso, j. 3/12/2008, Dje 5/6/2009)

Os achados da pesquisa permitem vislumbrar uma situação com potencialidade de alteração do entendimento do Tribunal no novel contexto sócio-político que se apresenta no país. Há ampla margem de aprofundamento da abertura ao uso dos precedentes da Corte Regional como um instrumento técnico de diálogo harmônico para a tomada de decisões e reforço da proteção dos direitos humanos, com a implementação do controle de convencionalidade no Brasil.

BIBLIOGRAFIA

ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado: Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil: nunca mais*. São Paulo: Vozes, 26 ed., 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BETHELL, Leslie. *A Independência do Brasil*, in BETHELL, Leslie (Org.). *História da América Latina: Da Independência até 1870*, vol. III. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Imprensa Oficial do Estado; Brasília, DF – Fundação Alexandre de Gusmão, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação* (Ensaio, 1976-2001). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 7: Control de Convencionalidad*. San José da Costa Rica, 2019, p. 4. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2020.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *I Grandi Sistemi Giuridici Contemporanei*. Itália, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 12 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. *Sistemi Giuridici Comparati*. Itália: Utet Giuridica, 2014.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

JACKSON, Vicki. *Constitutional engagement in a transitional era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

JÚNIOR, Antônio Iris da Costa; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *A Justiça Militar da União na história*. *Revista de Estudos e Informações*, Minas Gerais, p. 21-41, jan. 2017.

MAUÉS, Antonio Moreira. *Brasil: As Promessas não cumpridas da Supralegalidade*. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (org.). *O Controle de Convencionalidade na América Latina: Experiências Comparadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 157-170.

MELLO, Fernando Pessoa da Silveira; RABELO NETO, Luiz Octavio. *A Justiça Militar da União nos 30 anos da Constituição Federal de 1988: os próximos e indispensáveis passos*. In: FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira (coord.). *A Constituição da República segundo Ministros, Juízes e Assessores do STF*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 139-156.

NEVES, Marcelo. *Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina*. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemi costituzionali comparati*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Corso di Diritto Comparato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1983.

RABELO NETO, Luiz Octavio. Competência da Justiça Militar da União para Julgamento de Civis: compatibilidade constitucional e com o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, vol. 25, n. 2, p. 53-137, jan./2016 a jun./2016.

RAGONE, Sabrina. The Importance of the Relationship between Domestic Institutions and the Inter-American System for the Protection of Human Rights. *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 9, n° 2, p. 456-469, 2016.

RIBEIRO, Luciano R. Melo. *200 Anos de Justiça Militar no Brasil, 1808-2008*. Rio de Janeiro: Action Ed., 2008.

SANTOS, Renato. *História na Contemporaneidade*. Salvador: EDUFBA, 2005.

SILVA, Angela Moreira Domingues da. *Ditadura e Justiça Militar no Brasil: a atuação do Superior Tribunal Militar (1964-1980)*. Tese (Doutorado em História, Política e Bens Culturais) – Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil – CPDOC, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8816/Tese_Angela%20Moreira.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 11 jan. 2020.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, vol. 29, p. 99-138, 1994.

TANZARELLA, Palma. Articolo 13 Libertà di pensiero e di espressione. In: CAPPUCCIO, Laura; TANZARELLA, Palma. *Commentario alla prima parte della Convenzione Americana dei Diritti dell'Uomo*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2017, p. 379-409.

6.

INTERNALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS PARA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL ÀS PRESTAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO

Susana Sbrogio'galia

RESUMO: O estudo aborda a internalização dos preceitos de direitos humanos e fundamentais compartilhados pelos Estados no âmbito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Considera-se a dimensão supranacional dos direitos humanos e fundamentais e a sua respectiva equivalência ao princípio da dignidade da pessoa humana para vincular os Estados a uma responsabilidade comum, permitindo a permeabilidade dos sistemas jurídicos, e assim a abertura da ordem constitucional. O princípio da dignidade da pessoa humana atua na posição de elemento na atividade de ponderação de interesses, direitos e bens jurídicos tutelados, atribuindo-lhes dimensão de peso e importância. Desta forma, o Estado constitucional adota postura integrativa e cooperativa na proteção dos direitos humanos e fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação Constitucional. Convenção Americana. Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1. Introdução: Desfazendo o mito da incompatibilidade entre direitos humanos, identidade nacional e responsabilidade comum; 2. Interpretação constitucional, internalização das normas supranacionais e proteção dos direitos humanos e fundamentais; 3. A dignidade da pessoa humana na atividade de ponderação para internalização das disposições supranacionais de proteção dos direitos humanos; 4. Exemplo de aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de forma integrada à ordem constitucional brasileira para efetivação dos direitos fundamentais às prestações positivas do Estado; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO: DESFAZENDO O MITO DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE DIREITOS HUMANOS, IDENTIDADE NACIONAL E RESPONSABILIDADE COMUM.

O Estado constitucional contemporâneo experimenta um complexo processo evolutivo: consolidou sua identidade nacional durante séculos de tradição, no momento em que se depara com um contexto supranacional que transpõe fronteiras e sugere o entrelaçamento das relações internacionais.

Este aparente paradoxo vem refletido no processo histórico de evolução da teoria dos direitos fundamentais frente à institucionalização do poder no Estado de Direito. Conforme bem acentua SARLET (2001, p. 33-37), constituem direitos fundamentais o “conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema

jurídico do Estado de Direito”, *apresentando contornos mais restritos do que a concepção de direitos humanos, que guardariam relação* “com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”.

Em que pese a possibilidade de fundamentação das origens dos direitos fundamentais no incipiente liberalismo que eclodia desde o período medieval, seu processo evolutivo alcançou a mais completa expressão na afirmação do Estado liberal e na experiência jurídica inglesa, prolongando-se para o desenvolvimento das liberdades públicas nas colônias americanas. Com as declarações de direitos americanas, abre-se uma nova etapa do processo de positivação dos direitos fundamentais, mediante o reconhecimento, pelo poder constituinte, de textos consubstanciados em pactos e leis gerais, destinados a estabelecer princípios precedentes ao próprio ordenamento positivo do Estado (PÉREZ LUÑO, 1999, p. 114).

Por esse motivo, as modernas declarações de direitos fomentaram o próprio processo de evolução do constitucionalismo, sendo que, a partir do século XVIII, considera-se que as Constituições devam conter, de um lado, uma série de regras relativas à organização dos poderes públicos; e, de outro, disposições que contemplem os princípios fundamentais destinados a inspirar o funcionamento de todos os órgãos do Estado, enunciadas nas declarações de direitos definidoras da própria natureza e dos fins do Estado. Nesta fase inicial de sedimentação dos direitos fundamentais, o respectivo conceito vem cunhado em uma postura individualista-abstrata e na primazia da liberdade, segurança e propriedade (MIRANDA, 2000, v.4, p. 22-23). Necessário marcar este período como de defesa do indivíduo frente à ordem política instituída, pois sem a liberdade e as garantias opostas ao Estado, a ordem estatal, organizada à época sob a forma mercantilista, não persistiria. Assim estruturados, os direitos fundamentais reconhecidos nesta fase são classificados na categoria de direitos fundamentais de primeira dimensão, uma vez que marcam a zona isenta de intervenção do Estado na esfera individual.

Ocorre que, embora na origem fossem teoricamente endereçados a todos os indivíduos, na prática os direitos fundamentais somente eram usufruídos por aqueles que se inseriam em um determinado patamar econômico. Em razão disso, a partir do século XX, com a afirmação do Estado Social, os direitos de liberdade vêm contrapostos aos direitos econômicos, sociais e culturais, impulsionados pelas profundas mudanças econômicas havidas na sociedade, decorrentes do processo de industrialização e fortalecimento do proletariado (MIRANDA, 2000, p. 22-23). Diante dessa nova realidade, a sociedade não mais se contentava com uma ordem de valores individualista e liberal, porém passou a suscitar a intervenção do Estado para assegurar a repartição equitativa das cargas e vantagens sociais. O indivíduo, por seu turno, deixa de ser considerado

abstratamente, passando a se inserir em um contexto formado por circunstâncias concretas. Os direitos fundamentais deixam de configurar unicamente liberdades de ação para se converterem em liberdades de participação e em prestações do Estado (PÉREZ LUÑO, 1999, p. 120-121). Neste ponto, conclui-se que a concepção de direitos fundamentais nasce atrelada à institucionalização da ordem pública, sob a forma de Estado de Direito, destacando primeiramente uma posição do indivíduo como sujeito de direitos e, sucessivamente, como destinatário da proteção do Estado, com escopo à garantia da sua integridade individual, em que asseguradas condições mínimas para subsistência dentro de um determinado contexto nacional.

A partir da Segunda Grande Guerra, a consciência mundial orienta-se no sentido de que a proteção dos direitos fundamentais não pode mais ficar restrita a uma questão doméstica - ao arbítrio dos Estados. Nessa quadra, evidenciam-se, ao longo do segundo pós-guerra, vários pronunciamentos, declarações e propostas, restando assente que o reconhecimento internacional dos direitos humanos consistia pressuposto para a paz e desenvolvimento das nações, até culminar, após o término do conflito, na Declaração Universal dos Direitos Humanos da O.N.U (1948), além de outros manifestos no âmbito supranacional, a exemplo da Carta de San Francisco, da Carta do Atlântico, da Declaração das Nações Unidas, das propostas de Dumbarton Oaks e a Conferência de Yalta.

Nas últimas décadas, o quadro do Estado Social de Direito reflete a crise institucional dimanada pelos excessivos custos financeiros e burocráticos, decorrentes da proeminência das políticas corporativistas, com quebra da competitividade em relação a países com menor proteção aos direitos sociais. Disso defluiu a consequente exclusão social e o agravamento das desigualdades na distribuição da renda e das riquezas. Na esfera supranacional, evidenciam-se questões que transbordam fronteiras, decorrentes do processo de globalização e do acesso célere à informação. O trânsito mundial de pessoas propicia a disseminação de doenças, gerando pandemias. E a notícia destas enfermidades possui aptidão para desacelerar não apenas a economia de uma nação distante, senão que alcança proporções globais. Suscitam-se, outrossim, assuntos de interesse mundial, quais sejam, a preocupação com a proteção ambiental, manipulação genética e movimentos migratórios.

Registram-se, neste seguimento, os direitos fundamentais de terceira dimensão que, na condição de direitos de solidariedade e fraternidade, de titularidade coletiva e difusa, desprendem-se da figura do indivíduo, destinando-se à proteção de grupos humanos. Inserem-se nesse contexto os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida (SARLET, 2001, p. 52-53). Assim também, sobressai a tendência de universalização dos direitos humanos, almejando-se, sobretudo, a convivência pacífica entre as nações.

A evolução nestes termos foi relevante para manutenção de determinadas condições básicas que pudessem atenuar disputas no âmbito individual e social interno, mas não evitou a instabilidade no plano comunitário ou internacional, dando ensejo para se perquirir acerca de uma ordem de direitos transcendentais ao domínio reservado das nações.

A despeito de nem todas as nações alcançarem integralmente a situação ideal de justiça social, a necessidade de fomentar a solidariedade social nas prestações estatais e políticas públicas inclusivas no contexto socioeconômico interno deve ser buscada igualmente como forma de harmonização das relações internacionais, porquanto se inserem em ideais morais ou valores de base comum a todas as nações. Por esse mesmo motivo, a equalização das condições sociais internas não prescinde da abertura do Estado para a dimensão dos direitos humanos. Estes direitos constituem posições jurídicas que reconhecem qualidades inerentes ao ser humano, independentemente da vinculação a determinada ordem nacional. Por isso, possuem forte conteúdo axiológico, aspiração universal e base comunitária.

Diante desta constatação, a estrutura do Estado constitucional, juridicamente delimitada, deve ser permeável às significativas demandas do cenário geopolítico supranacional. Deve possibilitar abertura, na lição de Peter Häberle (2007, p. 2 e 70), “tanto para dentro como para fora”. Tal importa em internalizar os preceitos firmados, por meio da adoção de medidas eficazes, e, na esfera supranacional, reconhecer o acento da abertura global, assumindo postura cooperativa.

Mesmo no âmbito interno, as Constituições, apesar de refletirem as tendências de uma dada sociedade no momento da respectiva promulgação, são organismos vivos, não somente com pretensão de permanência e respeito à singularidade que lhes é peculiar, mas, sobretudo, trazem consigo a inclinação do Estado em prol do seu desenvolvimento e da sua contínua expansão, pois estes movimentos são inerentes à natureza humana (SBROGIO’GALIA, 2007).

Igualmente inerentes à natureza humana são os ideais morais de cooperação, manutenção da paz e proteção aos direitos humanos como alicerce de toda sociedade, vinculando as nações a uma responsabilidade comum. Esta responsabilidade comum é o ponto de equilíbrio em que as forças contrapostas se harmonizam, possibilitando o convívio pacífico e a sinergia entre as nações, para progresso da humanidade. O substrato da responsabilidade comum viabiliza a integração e a cooperação internacional, transcendendo as limitações de mero pacto entre nações, porque não se alicerça na alienação de aspectos da identidade nacional, tampouco importa interferência na autonomia ou no domínio reservado da ordem estatal, senão que reside no profundo respeito e compromisso em face dos valores que constituem a base da comunidade internacional. E, por esta forma, propõe uma visão mais pragmática e sinérgica das relações internacionais (SBROGIO’GALIA, 2017).

Tem-se, pois, na internalização dos preceitos de base comum à ordem constitucional do Estado, a efetividade dos direitos humanos e fundamentais no âmbito interno, propiciando a abertura constitucional que confere ao Estado postura tendente à integração e cooperação no plano internacional. Pressupondo-se que as contemporâneas

ordens constitucionais com pretensão democrática assentam suas bases no princípio da dignidade da pessoa humana, os respectivos sistemas jurídicos possuem aptidão para identificar neste fundamento o ponto de convergência do entrelaçamento das relações internacionais.

A despeito da equivocada visão muitas vezes lançada sobre o tema, não se cuida necessariamente de impor a substituição do Direito Constitucional pelas normas compartilhadas. De outra forma, no âmbito dos direitos humanos e fundamentais, as instituições estatais devem propiciar uma leitura do texto constitucional permeável às disposições internacionais, ou de Direito Internacional, e aos processos de interpretação que regulam a forma de cooperação internacional (HÄBERLE, 2007, p. 3).

Conjuntamente com processos formais de revisão do texto da Constituição – por emenda ou revisão constitucional –, a interpretação evolutiva das normas constitucionais, no tempo e espaço, permite adaptação do respectivo alcance, sentido e significado, sem que o texto reste modificado, configurando processos informais de revisão (SBROGIO’GALIA, 2007). Na esteira dos processos formais de revisão, destaca-se igualmente a existência de mecanismos constitucionais de internalização dos pactos internacionais firmados. É que apesar de o Estado ser dotado de uma Constituição escrita, que forma a ordem jurídica fundamental, estas disposições positivadas carecem de determinação de sentido – do texto à norma – para sua concretização. Desta sorte, não se dispensa a contemplação do elemento substancial da Lei Fundamental (CANOTILHO, 2000, p. 1088-1089). E este procedimento, no que concerne ao respeito aos direitos humanos e à efetividade dos direitos fundamentais, passa pelo esquema da ponderação dos interesses, bens juridicamente tutelados e direitos em aparente conflito, quando o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme a seguir abordado, atuará como elemento no processo de ponderação, conferindo parâmetros de conformação, ao tempo em que permite a formação de um espaço de convergência entre a ordem jurídica nacional e as disposições supranacionais. Neste espaço convergente de conformação das normas jusfundamentais, a dimensão ética da hermenêutica aplicada aos direitos fundamentais já encerra em si o respeito ao valor intrínseco de todo ser humano e assim também observa o valor de tudo que integra o “mundo da vida” que lhe é referido. Portanto, em elegendo o Estado democrático a dignidade da pessoa humana como fundamento da respectiva ordem jurídica, desfaz-se o mito em torno da incompatibilidade entre direito interno e supranacional, para que, neste ponto de convergência, estabeleça-se apenas o direito comum às nações, ainda que reste preservado e aplicado com maior ênfase o direito interno de cada nação.

A análise ora realizada aborda especificamente a internalização da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) para efetividade do direito fundamental às prestações positivas do Estado, notadamente no que concerne à observância do livre

e pleno exercício do direito a condições existenciais mínimas (mínimo padrão existencial), por toda pessoa que esteja sujeita à jurisdição do Brasil, país signatário da CADH. Para tanto, examina-se decisão da Corte Constitucional brasileira, referente à prestação assistencial a estrangeiros residentes no país, objetivando demonstrar a existência de um espaço convergente de entrelaçamento da ordem jurídica nacional e supranacional, com o escopo de promover o respeito aos direitos humanos e a efetividade dos direitos fundamentais no contexto jurídico brasileiro. O intento pressupõe a especial posição jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, na qualidade de fundamento da ordem constitucional brasileira, deste modo, fazendo figurar este princípio jurídico como elemento da atividade de ponderação para efetivação das normas jusfundamentais e proteção dos direitos humanos.

2. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, INTERNALIZAÇÃO DAS NORMAS SUPRANACIONAIS E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS.

A dissociação entre o texto normativo e a norma, presente na metódica jurídica normativo-estruturante de MÜLLER (2005), torna-se contemporânea na doutrina de Guastini (1999, p. 32-35 e p. 50-54), para quem a norma de significado deste texto consiste no resultado da atividade interpretativa. Hesse (1992), por sua vez, evolui a tese de Müller acerca da relação de implicação entre texto e norma, utilizando-se de aspectos do pensamento tópico para desenvolver o método hermenêutico-concretizador. A atividade concretizadora da norma constitucional envolve a incorporação das circunstâncias da realidade social (elementos substanciais), sem desconsiderar a necessidade de “compreensão” do conteúdo da norma a concretizar, que pressupõem a “pré-compreensão” do intérprete e a identificação do problema a resolver. Por conseguinte, tem-se que o programa normativo não se esgota na investigação do conteúdo semântico da norma, mas a este se encontra vinculado. O resultado da densificação que identifica o conteúdo da norma impõe, inicialmente, o recurso à: (a) sistemática do texto normativo (elemento sistemático); (b) genética do texto; (c) história do texto; e (d) teleologia do texto (CANOTILHO, 2000, p. 1092). Entretanto, é justamente esse último recurso que deixa sobressair a insuficiência da vinculação estrita ao conteúdo semântico do texto normativo (elemento formal). Isso porque o texto sempre apontará para um referente (quer transmitir algo a alguém), e, portanto, recorre à pragmática, sendo, por isso, inseparável da realidade e do contexto em que inserido (elemento substancial). O processo hermenêutico de concretização remete a um universo material que é exterior ao âmbito do texto da norma, aspirando não apenas a uma racionalidade formal, mas também a uma racionalidade material – ou prática, na acepção gadameriana (GADAMER, 2002). Por essa forma, quanto maior a indeterminação do texto, maior o domínio do âmbito material (como no caso dos conceitos jurídicos vagos, indeterminados, ou que remetem a elementos não-jurídicos).

Sob este aspecto, concebe-se o potencial de permeabilidade do texto constitucional assinalado por Häberle (2007). Se o âmbito normativo e a realidade social encontram-se sujeitos a mudanças históricas, os resultados do processo de concretização da norma constitucional podem se modificar, apesar de restar intacto o texto (programa normativo), evidenciando o fenômeno da revisão constitucional em maior ou menor escala, quanto maior ou menor for campo de atuação legitimamente conferido ao intérprete-concretizador, proporcionalmente à maior ou menor densidade dos elementos linguísticos do texto da norma. É por essa forma que os elementos substanciais são incorporados ao âmbito normativo num processo que vai da pré-compreensão à fusão de horizontes gadameriana, até a submissão à prova, em operação desempenhada pelos sujeitos concretizadores do texto, conferindo às normas integrantes do sistema jurídico conteúdo aberto à variação de sentido.

Considerando esta aptidão normativo-estrutural, as normas podem ser tomadas como elementos de variação do sistema jurídico, demonstrando-se flexíveis à incorporação de mudanças no âmbito das relações internacionais, introduzindo-as ou reafirmando-as no âmbito interno, do que desponta a interpretação integrativa da Constituição. Neste mister, consistem instrumento exegetico relevante para a interpretação integrativa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), oportunizando mudanças informais no ordenamento jurídico brasileiro, as disposições inseridas nos parágrafos §§ 1º. e 2º. do artigo 5º, do respectivo texto (“§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”).

Estas normas constitucionais deixam evidente a permeabilidade sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro para a observância das normas supranacionais na seara de proteção dos direitos humanos e na respectiva aplicação imediata do seu conteúdo refletido nos direitos e garantias fundamentais.

Paralelamente aos processos informais de mudança da Constituição, verificam-se mecanismos formais que permitem a internalização das normas de direito supranacional. No caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), no mesmo dispositivo constitucional que assegura direitos e garantias individuais (artigo 5º.), inseriu-se o parágrafo terceiro (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004), que prevê a possibilidade de recepção de tratados e convenções sobre direitos humanos, em nível de emenda constitucional, após procedimento formal (Art. 5º., § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”).

Neste sentido, realiza-se a necessária abertura do “Estado constitucional cooperativo”, segundo defendido por Häberle (2007), quer por meio da interpretação integrativa (mudança informal) da Constituição Federal, quer pela via formal de incorporação das normas supranacionais ao texto constitucional. Em qualquer hipótese, a integração reflete evolução jurídica no contexto interno.

A noção de evolução jurídica é apresentada por Teubner, no seio da tese dos sistemas autopoieticos, com base na Teoria dos Sistemas de Luhmann, que veio a promover a complementação da tese de Campbell, acerca das três funções universais da evolução sociocultural, a saber: (a) variação; (b) seleção; e (c) retenção, ou, como melhor nos parece, manutenção (TEUBNER, 1993, p. 82). É com base nessa tríade de elementos internos do sistema - variação, manutenção e seleção - que se promoverá a incorporação das mudanças advindas do entrelaçamento das relações internacionais. Isso porque as mudanças são mediadas por esses elementos, que propiciam a incorporação dos respectivos efeitos no sistema jurídico.

E, para além de vermos nos princípios e regras que incorporam os valores socialmente relevantes elementos mantenedores da unidade e, então, da estabilidade do sistema jurídico, podemos encontrar, na abertura e na necessidade de completude sistêmica - oriundas da própria necessidade de densificação e concretização normativa -, os elementos catalisadores do seu processo evolutivo, orientado pelo escopo maior do Estado e pela necessidade de integração-cooperação no plano internacional, em se considerando a existência de uma ordem axiológica ou teleológica com fulcro na dignidade da pessoa humana.

É na atividade concretizadora que articulamos os elementos sistêmicos, selecionamos quais mudanças são necessárias para o sistema e quais postulados devem ser mantidos. Tal constitui um processo unitário cujos métodos não podem ser compartimentalizados de forma estanque, mas exigem conjugação na busca de um equilíbrio quanto ao dado normativo e ao contexto ambiental da Constituição, mediando desde os pressupostos fáticos da Constituição até a plena atuação da sua normatividade (métodos de interpretação material e evolutiva). Desta forma, conciliam-se interesses - muitas vezes antagônicos -, e contempla-se a tábua dos valores socialmente relevantes, mediante a ponderação dos bens jurídicos e direitos em situação de conflito, demonstrando-se a estreita relação com a atividade ou efeito integrador (PÉREZ LUÑO, 1999, p. 276-278).

Na esteira da concepção dinâmica de Constituição, não se vê, na Lei Maior, a pretensão de ser um sistema fechado. Visualiza-se, sim, um *ente* inacabado, que exige complementação constante, por configurar a vida histórica que pretende normatizar, sujeita a constantes mudanças. Todavia, essa amplitude e indeterminação não significa que devam restar indeterminados os procedimentos mediante os quais deverão ser deci-

didadas as questões deixadas em aberto. Para tanto, a Lei Maior institui órgãos distintos, com seus conteúdos e âmbitos de atuação delimitados, funda competências e determina procedimentos para consecução da solução de conflitos, por meio dos quais deve ter lugar o processo de formação da unidade política, e, a partir dos quais, a decisão das questões abertas fica submetida a regras claras, apreensíveis e asseguradoras, dentro do possível, de um resultado adequado. Quanto mais aberta se manifesta uma Constituição, tanto maior é a relevância daquelas prescrições, pois é no terreno da abertura constitucional material que se outorga uma forma de realização estável da Lei Maior (HESSE, 1992, p. 19-20).

Nesta conjuntura, insere-se o papel dos poderes constituídos, investidos na função de concretização dos dispositivos constitucionais de forma integrada e cooperativa à consecução das disposições supranacionais alicerçadas na dignidade da pessoa humana. Os poderes constituídos são cristalizações normativas das instituições sociais, sob a forma de centros de competência e de atribuição do Estado, com conteúdo normativo conferido pela Constituição. É por meio destes que os valores que promovem as mudanças sociais são permeados ao plano jurídico, e operam não só o escopo da mudança jurídica, mas a própria realização das diretrizes normatizadas da Lei Fundamental, voltada não somente à tarefa de preservar a estabilidade no cenário interno, mas, sobretudo, de manter a conexão entre a Constituição formal e a realidade social, abrangendo valores supranacionais que reflitam seu conteúdo na dignidade da pessoa humana.

A recepção e incorporação das normas de direito fundamental de dimensões supranacionais, e seu consequente reflexo na tábua de valores da sociedade, depende de um processo de integração destes elementos ao sistema, de forma mediata, pelas respectivas instituições sociais. Isso importa em que, de acordo com a exposição retro, deva-se observar, no processo de concretização das normas recepcionadas no nível constitucional, procedimentos especificamente previstos, rumo a conciliar o fim essencial do Estado com o entrelaçamento das relações internacionais. Por sua vez, pressupondo-se um texto constitucional aberto, não se identificará óbice nos limites materiais da Constituição, uma vez que os direitos fundamentais de dimensão supranacional residem na base comunitária da responsabilidade ou compromisso comum. Nas palavras de Häberle (2007 p. 63), em nível global, projeta-se uma “*sociedade aberta dos intérpretes constitucionais*”.

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ATIVIDADE DE PONDERAÇÃO PARA INTERNALIZAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES SUPRANACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.

Os direitos fundamentais de dimensão supranacional, assentados nos ideais de solidariedade e fraternidade, conduzem à adesão manifesta ou implícita do Estado a determinado programa normativo ou mesmo a ideais-morais de base comum, emanados

do entrelaçamento das relações internacionais. E a concretização destes direitos passa pelo exame da sua especial estrutura normativa.

Na acepção de Alexy (1997, p. 65-73), normas “implícitas” também são definidas normas de direito fundamental, pois, da mesma forma que as normas “explícitas” ou positivadas no texto constitucional, devem possibilitar uma fundamentação “jusfundamental” adequada, decorrente da inerente abertura material dos direitos fundamentais. Note-se aqui que normas de direito fundamental “implícitas” não equivalem a normas não escritas, porquanto estas últimas não guardam relação de “precisão” com o texto da Constituição. Relação de precisão corresponde a uma conexão com o texto constitucional, havida quando da necessidade de se aplicar determinada norma de direito fundamental ao caso concreto.

Quanto à estrutura, Dworkin atém-se à forma de aplicação das normas jusfundamentais, distinguindo-as em princípios e regras: as regras resolver-se-iam à moda do “tudo ou nada” (*all-or-nothing fashion*), diante da hipótese da subsunção; enquanto os princípios devem ser cotejados pressupondo-se uma dimensão de peso (*dimension of weight or importance*) (DWORKIN, 1997, p. 24-28). A partir desse ponto, Alexy considera que os princípios jurídicos enquadram-se na condição de mandados de otimização, incluindo-se na espécie das normas, uma vez que consistem em proposições deonticas que encerram um ‘dever-ser’. Estes mandados de otimização, contudo, dependem de condições reais e jurídicas para o seu atendimento, na medida em que podem ser cumpridos em diferentes graus. As possibilidades jurídicas, assim, serão aferidas no confronto dos princípios e das regras oponentes. Ao contrário, as regras não contemplam seu cumprimento em vários graus, mas contêm determinações no âmbito do que seja fática ou juridicamente possível. Portanto, em sendo válida a regra, somente pode ser cumprida ou não. Com efeito, enquanto o conflito entre regras se resolve no plano da validade, o conflito entre princípios somente poderá ser resolvido pela aferição da respectiva prevalência de um dos princípios envolvidos em meio às circunstâncias reais (de fato).

A partir do exposto, conclui-se que os princípios, como as regras, são considerados razões em relação às normas. Contudo, os princípios, por se referirem a possibilidades do mundo real e jurídico, caracterizam razões *prima facie*, enquanto as regras caracterizam razões definitivas. Configuram razões definitivas na medida em que são razões para um juízo concreto de ‘dever-ser’, que cumpre ser pronunciado, e não permite exceções. Se este juízo concreto, por seu conteúdo, torna alguém destinatário de um direito, então, teremos um direito definitivo. Em contrapartida, os princípios seriam somente razões *prima facie*, em virtude de as decisões sobre direitos pressuporem uma determinação de direitos definitivos, sendo que a via percorrida, a partir do direito *prima facie* – princípio -, ao direito definitivo, passa pela determinação de uma relação

de preferência. Mas a relação de preferência, de acordo com a lei de colisão, constitui o estabelecimento de uma regra (ALEXY, 1997, p. 101-103).

Se os princípios são mandados de otimização - porque exigem aplicação, em maior ou menor medida, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas verificadas -, isso importa em que os poderes constituídos devam observar a base comum das relações internacionais frente à realidade social, e assim também os princípios e regras concorrentes, incorporando-os ao seu discurso. Os princípios de direitos fundamentais configuram Direito <<dúctil>>, ou elástico, por natureza, demonstrando-se incisivos e flexíveis a um só tempo. Assumindo esta estrutura, demandam técnica ponderativa frente aos demais princípios e valores envolvidos, de modo a promover a atualização do sentido e alcance das normas constitucionais no processo de concretização, mediante influência dos valores comunitários comuns e mensuração do grau de satisfação ou sacrifício dos bens jurídicos em jogo. A realidade posta em contato com os princípios adquire intrínseca qualidade jurídica, na medida em que o ‘ser’, iluminado pelos princípios jurídicos, não contém em si o seu ‘dever-ser’, mas exprime valor, exigindo uma tomada de posição jurídica (do legislador, do julgador, da administração e dos demais intérpretes do Direito). Os princípios desempenham um papel constitutivo do ordenamento jurídico, contendo em si, segundo Zagrebelsky (1992, p. 160-170), o caminho histórico que a Constituição está em condições de percorrer.

Por isso, o procedimento concretizador da norma não dispensa a atividade de ponderação, sopesando os diferentes princípios, valores e bens jurídicos envolvidos, com base nas circunstâncias do caso concreto e na aplicação das metanormas da proporcionalidade, proibição de excesso, proteção insuficiente e vedação ao retrocesso social.

Se o princípio da proporcionalidade se origina da necessidade de conferir efetividade aos direitos fundamentais, não plenamente assegurados pela mera positivação no texto constitucional, configura “garantia especial” dos direitos fundamentais, em um contexto em que a dignidade do homem, como finalidade essencial do Estado, viabiliza a abertura para o reconhecimento de novos direitos e suas respectivas e necessárias garantias. Em assim sendo, a conexão entre a aplicação do princípio da proporcionalidade, nos processos exegeticos que importam em modificação tácita do sentido, alcance e significado das normas constitucionais, e a integração das disposições supranacionais ao ordenamento jurídico interno, para proteção dos direitos humanos e efetividade dos direitos fundamentais, reside na inferência da norma integrada, uma vez superada a colisão de direitos no contexto jurídico interno.

A teoria estrutural dos direitos fundamentais de Alexy importa em “*ferramenta metodológica no controle de validade das restrições aos direitos fundamentais*”, porque, na condição de princípios – normas que podem ser cumpridas em diferentes graus –, “*tor-*

na-se imperativo adotar um critério que se preste a mensurar em que escala a Constituição exige o seu cumprimento em cada caso” (PEREIRA, 2006, p. 321-322).

Interessa-nos, em especial, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, visto que, nesta etapa, será empregada a ponderação que definirá os limites, em concreto, da restrição aos direitos fundamentais, fixando o seu âmbito de proteção definitivo.

No que concerne à aferição da proporcionalidade em sentido estrito, quanto à restrição imposta aos direitos fundamentais, temos a lição de Scholler (1999, p.102-103), lembrando que o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha culminou por desenvolver a “teoria dos degraus” e a “teoria das esferas”. Em consonância com estas, as restrições aos direitos fundamentais devem ser operadas considerando-se a existência de diferentes degraus e esferas. Acrescenta-se que a restrição somente poderá avançar um degrau (ou esfera) em direção à proteção do direito fundamental em jogo, passando-se para a fase (degrau) seguinte, apenas quando uma restrição mais intensa seja absolutamente indispensável para obtenção do fim pretendido, e assim sucessivamente, até que esbarre em uma esfera (degrau ou nível) de caráter mais central, via de regra, imune a restrições legislativas e administrativas, sob pena de aniquilação da própria efetividade do direito fundamental.

No que tange à barreira imposta pelo nível mais íntimo de proteção dos direitos fundamentais, concebe-se não somente o postulado da proibição de excesso, reconhecendo-se a existência de um halo protetor do núcleo essencial dos direitos fundamentais, intransponível, independentemente da sua finalidade, justificativa e do grau de intensidade da sua realização (ÁVILA, 2006), porém igualmente uma esfera de proteção sob a responsabilidade do próprio Estado. Tal confere dimensão valorativa aos direitos fundamentais, em virtude de que a medida e o alcance da sua validade jurídica são, em parte, determinados pelo seu reconhecimento comunitário, e não simplesmente remetidos ao âmbito da vontade dos seus titulares (ANDRADE, 1987, p. 144-147). Assim se posiciona Sarlet (2005, p. 123-124), para quem a dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais importa em que estes direitos não permitam valoração exclusiva sob a ótica do indivíduo e do seu *status* perante o Estado, necessitando de reconhecimento pela comunidade.

Daí emana a conclusão de que os poderes públicos têm não somente o dever de resgatar os direitos fundamentais, mas de intervir para acondicioná-los, garanti-los e restringi-los, quando necessário à salvaguarda dos valores e interesses comunitários – considerados em sua acepção supranacional – no âmbito dos direitos humanos. E isto não compromete o núcleo essencial dos direitos fundamentais, posto que, na proteção dos direitos humanos, haverá equivalência (ou dimensão de peso e importância) no princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da Carta Constitucional brasileira e dos países democráticos.

Em se verificando que a eficácia dos direitos fundamentais dirige-se, de forma imediata, contra o Estado – pois é o destinatário da tutela destes direitos –, e mediata contra os particulares – porquanto irradia efeitos que impõem o dever de guarda e proteção suficiente por parte do Estado, em relação às pretensões e interesse dos demais sujeitos privados –; cumpre à Constituição vedar que se adentre abaixo de um patamar mínimo de proteção, identificando-se o que Canaris (2003, p. 57-60) batizou, com base em precedentes do Tribunal Constitucional alemão, de “proibição de insuficiência”. Segundo Sarlet (2005, p. 129), a proibição de insuficiência reconduz ao princípio do Estado de Direito, em que o Estado exsurge como detentor do monopólio do emprego da força e da solução dos litígios entre particulares, salvo situações determinadas pela própria ordem jurídica.

Comum à aplicação da proporcionalidade em sentido estrito e à proibição de excesso e insuficiência, demonstra-se a atividade de ponderação. A despeito de não haver uma clara distinção na doutrina quanto à equiparação entre princípio da proporcionalidade - em sentido estrito - e ponderação, a relevância prática para o nosso tema reside em que a ponderação de direitos e bens jurídicos em situação de colisão se opera, de forma racional e controlável, pelo princípio da proporcionalidade, notadamente, pela sua máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito.

Despontando a sua utilização, no direito germânico, pelo Tribunal Constitucional Federal, a contar do noticiado caso Lüth (1958), evidencia-se que ponderação não é sinônimo de interpretação, mas corresponde à metódica empregada com escopo a adotar uma decisão de preferência entre direitos ou bens em conflito, determinando qual direito ou bem prevalecerá na solução da colisão e em que medida (STEINMETZ, 2001, p. 140-145).

A atividade ponderativa vale-se da abertura semântica e estrutural dos direitos fundamentais, especialmente do seu caráter principiológico. Embora possa ser considerado procedimento racional, não conduz necessariamente a um único resultado possível no que diz respeito ao conteúdo das normas de direito fundamental e, assim, à sua determinação material frente à Constituição.

Consistindo a ponderação em uma relação de preferências condicionadas, a justificação para se atribuir um maior ou menor peso a um princípio jurídico, nesta relação, depende de argumentos específicos, defluindo-se a ponderação no sentido de que, quanto maior o grau de não realização ou afetação de um princípio, maior deverá ser o grau de satisfação do outro. Portanto, a ponderação busca fundamentar o enunciado de preferência que representa o resultado da ponderação.

Qualquer que seja a solução encontrada após a ponderação, depende de valorações cujo controle extrapola a própria atividade ponderativa que consiste, por isso, em um procedimento aberto e importa na abertura do sistema jurídico, materialmente de-

terminado pelas normas de direito fundamental. Neste esquema, a natureza e estrutura das normas de direito fundamental torna o sistema jurídico aberto inclusive quanto a juízos morais e, em especial, no que concerne aos conceitos materiais jusfundamentais da dignidade, igualdade e liberdade, sendo que a ponderação entre estes princípios leva à irradiação da ideia de justiça.

Logo, a questão da fundamentação jusfundamental insere-se na esfera da argumentação jurídica, que, segundo Alexy, versa sobre questões práticas (o que está ordenado, proibido ou permitido), tomando parte no discurso prático geral. Consequentemente, a argumentação jusfundamental, em Alexy, apoia-se em uma teoria material dos direitos fundamentais, concebida sob a forma de uma teoria dos princípios, e não terá pretensão de estabelecer uma única resposta definitiva (ou fundamentação última), porém busca estruturar a argumentação jusfundamental de uma maneira racional e fundamentada, o que se obtém por meio de uma teoria dos princípios em uma ordem branda, isto é, consideradas as prioridades *prima facie* em prol dos princípios da liberdade e igualdade (ALEXY, 1997, p. 530-552).

Especificamente na integração das disposições supranacionais no âmbito dos direitos humanos e fundamentais, a atividade de ponderação permite a aferição do grau de restrição oponível aos interesses, direitos e bens jurídicos tutelados pelo direito interno, ponderados em grau de peso e importância frente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por constar no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal brasileira como fundamento da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana assume a posição jurídica de elemento hermenêutico na atividade de ponderação. Isto quer dizer que, uma vez que a República assumiu a dignidade da pessoa humana como base ética do Estado, o princípio correlato atuará como elemento na atividade ponderativa para conferir efetividade aos direitos fundamentais, assim também às disposições supranacionais relativas a direitos humanos, ainda que preceitos internos da ordem estatal confrontem com tais disposições supranacionais.

O princípio da dignidade humana, mesmo quando não expressamente positivado, persiste vigendo implícito na base jurídica das nações democráticas, dado que ínsito à própria condição humana. Nestes termos, consistirá fator de mensuração na obtenção do resultado do processo de concretização para efetividade dos direitos fundamentais, não sendo mais dado ao ente estatal invocar ordenamento interno específico contra norma que imponha respeito aos direitos humanos, quando os demais princípios jurídicos prevalentes exigem otimização com equivalência na dignidade da pessoa humana. Este tópico, em matéria de direitos humanos e das disposições correlatas, determinará os contornos das restrições que vierem a ser impostas na concretização dos direitos fundamentais, para além da dinamicidade atribuída pela jurisprudência pátria à inter-

pretação das prescrições constantes dos tratados e convenções internacionais. Então, em que pesem as prescrições supranacionais versando sobre direitos humanos permitam interpretação evolutiva e sociocultural, a dignidade da pessoa humana delimitará os parâmetros de internalização das diretrizes internacionais.

4. EXEMPLO DE APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS DE FORMA INTEGRADA À ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS PRESTAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO.

Anteriormente, destacou-se, para exemplificar as hipóteses de abertura constitucional para os direitos fundamentais protegidos no âmbito internacional, disposições do texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A primeira delas aponta para a possibilidade de incorporação das mudanças oriundas do entrelaçamento das relações internacionais por processo informal, sem alteração do respectivo texto, decorrente da própria abertura material afirmada na norma constitucional inserida no parágrafo segundo do artigo 5º. da Constituição, admitindo-se, pois, a internalização de outros princípios à ordem jurídica constitucional brasileira, além daqueles expressos no próprio texto, desde que observados os limites jurídicos do sistema, o que importava em que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) deveria ser observada e integrada ao cenário jurídico nacional pelo teor da sua equivalência à dignidade da pessoa humana (artigo 1º. –III, da CFRB/88).

De forma superveniente, o Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, internalizou no sistema jurídico brasileiro as disposições da CADH. A mencionada internalização da Convenção precedeu o advento da introdução do parágrafo terceiro no artigo 5º. da Constituição brasileira de 1988, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que veio a permitir a incorporação das cláusulas dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, em patamar equivalente às emendas constitucionais, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Não obstante a Emenda Constitucional nº 45/2004 tenha engendrado importante instituto no campo dos processos formais de mudança constitucional, a integração das normas da CADH poderia ser realizada de forma implícita, diante do permissivo constitucional do artigo 5º., §2º., da CRFB/88, e da própria atividade de ponderação, conforme visto alhures, na proporção da sua equivalência ao princípio da dignidade da pessoa humana, que forma a base da ordem constitucional brasileira.

Reconhecendo a aplicabilidade da CADH, o Supremo Tribunal Federal manifestamente cita disposições da Convenção internacional no julgamento do Recurso Ex-

traordinário nº 587.970 / São Paulo, que tramitou sob o rito da Repercussão Geral¹⁷⁶. A lide versava sobre a concessão de prestação pecuniária da assistência social, prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal brasileira de 1988, para beneficiar igualmente estrangeiros residentes no País, em situações de impossibilidade de proverem o próprio sustento por deficiência ou idade avançada, desde que preenchidos os demais requisitos constitucionais e legais. Fundamenta-se a extensão do benefício de prestação continuada também a estrangeiros residentes no país, em situação de vulnerabilidade social, na solidariedade social e na dignidade da pessoa humana, esta última como elemento do discurso transnacional. Em voto do Ministro Alexandre de Moraes, que acompanhou o Relator, Ministro Marco Aurélio, invocam-se os artigos 1º e 26º da CADH, constando estes nos seguintes termos:

Convenção Americana de Direitos Humanos

Artigo 1. Obrigação de respeitar direitos. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (...)

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

No plano da introdução de normas supranacionais ao ordenamento jurídico nacional, o Congresso Nacional aprovou a internalização das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, no ano de 2007, nos termos do artigo 5º, §3º. da CRFB/88, promovendo, pela via formal, alterações normativas na ordem jurídica interna ao incorporar aquela Convenção com *status* de emenda constitucional, conferindo proteção às pessoas portadoras de deficiência no âmbito jurídico interno e em duas esferas do âmbito supranacional – interamericano (CADH e Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras De Deficiência) e mundial (Convenção da ONU).

Ainda assim o Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social brasileira não se destina apenas às pessoas portadoras de alguma deficiência, mas igualmente àqueles que, por idade avançada, são incapazes de prover o próprio sustento. O debate levado a efeito no Supremo Tribunal Federal abrangeu a possibilidade de extensão desta

¹⁷⁶ Tribunal Constitucional do Brasil, Assistência Social, Estrangeiros Residentes no País, Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal, Alcançe, julgamento de 20 de abril de 2017.

prestação positiva do Estado também a estrangeiros idosos residentes no Brasil, desconsiderando a argumentação em sentido contrário, acerca da existência de limitação do benefício, pelo artigo 1º da Lei nº 8.742/1993 – Lei Orgânica da Assistência Social –, apenas aos cidadãos brasileiros. E a Corte Constitucional deste modo julgou, adotando as normas supranacionais da Convenção Interamericana, o princípio da dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, para firmar a seguinte tese jurídica no julgamento do Recurso Extraordinário nº 587.970 / São Paulo:

ASSISTÊNCIA SOCIAL – ESTRANGEIROS RESIDENTES NO PAÍS – ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE. A assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal beneficia brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros residentes no País, atendidos os requisitos constitucionais e legais.

É que, se a extensão da proteção social positiva para as pessoas com deficiência, pela via formal da recepção das normas supraleais, origina-se da promulgação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, no ano de 2007, o mencionado acórdão não afasta a integração das normas supranacionais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) para garantir a prestação estatal igualmente ao estrangeiro idoso, incorporando aquelas disposições à ordem jurídica interna. Realiza-se igualmente, no aludido julgamento, a atividade ponderativa envolvendo o princípio da dignidade da pessoa humana na posição jurídica de elemento de aferição do grau de restrição a interesses, direitos e bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando-se inclusive a base comunitária e transnacional da dignidade humana. Neste contexto, a interpretação conforme a Constituição, chancelada pela Corte Constitucional brasileira, culmina por ratificar a inexistência de distinção entre cidadãos brasileiros e estrangeiros para manutenção de um padrão existencial mínimo, segundo já preconizado por Canotilho (2000, p. 470):

“todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas”.

Diante da análise em concreto, evidencia-se que o atual estágio evolutivo do Estado Democrático de Direito impulsiona-lhe para um processo de abertura da sua ordem jurídica constituída às relações internacionais. Sobretudo no âmbito dos direitos humanos, a base comunitária inerente a esta categoria de direitos, possibilita espaço de convergência para a integração das disposições supranacionais, seja por procedimentos formais ou mesmo de forma implícita, mediante atividade ponderativa em que a proteção dos direitos humanos e a efetividade dos direitos fundamentais reflitam sua equivalência na dignidade da pessoa humana.

5. CONCLUSÃO

A partir do segundo pós-guerra, a consciência mundial orienta-se, no sentido de que a proteção dos direitos humanos e fundamentais não comporta restrição apenas ao âmbito interno dos Estados. Forma-se consenso entre os Estados e seus cidadãos acerca de partilharem sentimento que identifica nos direitos humanos a garantia de condições mínimas de subsistência a todos os indivíduos (SARLET, 2001, p. 371-376). Este sentimento não decorre meramente da lógica dos pactos ou da alienação de direitos em prol de um bem comum abstrato, senão que provém da nota de humanidade a todos inerente, conformando a base comum dos direitos fundamentais de fraternidade e solidariedade, qualificados de terceira dimensão. A responsabilidade comum no patamar jusfundamental orienta o Estado Constitucional para a adoção de posturas integrativas e cooperativas, porque consiste aspiração da própria sociedade, que se reconhece inserida na comunidade global. A postura cooperativa pressupõe, então, esta abertura global para realização dos direitos humanos, mas igualmente orienta para a adoção de medidas eficazes no âmbito interno, destinadas à implementação das medidas compartilhadas no plano das relações internacionais, em se considerando que os direitos humanos, e sua respectiva proteção, transpõem a estrutura dos direitos fundamentais, exigindo concretização (SBROGIO’GALIA, 2017).

A internalização das disposições supranacionais protetivas dos direitos humanos, compartilhadas no plano internacional, legitima-se por meio de processos formais e informais de integração à ordem constitucional das nações. Dentre os processos formais, na ordem jurídica brasileira, podem ser citadas as revisões e emendas constitucionais, incluindo-se mecanismos que permitem internalização de tratados e convenções internacionais mediante procedimento legislativo formal. Por sua vez, os processos informais operam a alteração de sentido do texto constitucional e decorrem da própria abertura material da Constituição para os direitos humanos e fundamentais, viabilizando-se por meio dos elementos de variação do sistema (semânticos e normativos). Insere-se neste campo o potencial constitucional ativo, mencionado por Häberle (2007, p. 70), voltado ao objetivo de realização internacional conjunta dos direitos fundamentais pela comunidade dos Estados.

Neste ponto, tem-se que a solidariedade e fraternidade que emanam da base comum dos direitos humanos refletem a solidariedade social e as políticas públicas inclusivas no contexto socioeconômico nacional, promovendo a harmonização das relações internacionais por meio de postura cooperativa do Estado. Neste intento, faz-se necessário, para além da produção legislativa compartilhada, conferir caráter permeável e aberto à ordem jurídica interna (nacional), permitindo a incorporação das mudanças decorrentes do entrelaçamento das relações internacionais a partir do cenário geopolítico contemplado. Esta posição vem a externar a defendida “solidariedade estatal de

prestação”, terceiro item destacado por Häberle (2007, p. 71) para realização cooperativa dos direitos fundamentais, consistindo na postura cooperativa dirigida para além das fronteiras: “*assistência ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, combate aos terroristas, fomento à cooperação internacional também a nível jurídico privado (Cruz Vermelha, Anistia Internacional)*”.

Neste contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana figura, de forma positivada ou não, no alicerce dos Estados democráticos, possibilitando a formação de um espaço de convergência para integração das disposições supranacionais ao ordenamento jurídico nacional. A dignidade humana, seja na qualidade de valor intrínseco, seja como integrante da base comunitária, com atributo transnacional, atuará na posição jurídica de elemento de aferição na atividade ponderativa, figurando para mensurar a dimensão de peso e importância dos interesses, direitos e bens jurídicos tutelados pela ordem normativa interna, delimitado os contornos de aplicabilidade da proteção aos direitos humanos e da efetividade dos direitos fundamentais. E, assim agindo, promove a harmonização das relações internacionais.

BIBLIOGRAFIA

- ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- ÁVILA, Humberto. *Teoría dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1997.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Rev. da Tradução Ênio Paulo Giachini. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Traducción Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999.
- HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Traducción e introducción Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000.
- MORESO, José Juan. *Conflictos entre principios constitucionales*. In: NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Madrid: Trotta, 2003.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 32, n. 98, p. 105-149, jun. 2005, p. 123-124.

SBROGIO'GALIA, Susana. *Mutações Constitucionais e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

_____. *Direitos Fundamentais no Estado Globalizado: o processo de internalização dos Direitos Fundamentais de Terceira Geração*. Direito e Justiça: *Derecho ante los Desafíos de la Globalización*. Org. David Vallespín Pérez. V.3 n.5. Curitiba: Juruá, p. 109-127, 2º. Semestre 2017.

SCHOLLER, Heinrich. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet. Interesse Público, n. 2, 1999.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEUBNER, Gunther. *Le droit: un système autopoïétique*. Traduit de l' allemand par Gaby Maier et Nathalie Boucquey. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992.

7.

RELAÇÕES ENTRE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:

RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

William Paiva Marques Júnior

RESUMO: Investigam-se os impactos do protagonismo dos direitos humanos na ordem jurídico-constitucional de 1988 estabelecendo uma relação simbiótica com o sistema interamericano na construção de uma nova hermenêutica constitucional no contexto da responsabilidade internacional estatal e do controle de convencionalidade, servindo como parâmetro na proteção às pautas caras ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. A metodologia utilizada envolve a pesquisa de tratados e convenções internacionais, pesquisa bibliográfica e a análise de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Corte interamericana de direitos humanos; constituição federal de 1988; responsabilidade internacional; Estado brasileiro; controle de convencionalidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o protagonismo da Corte Interamericana na responsabilidade internacional do Estado; 3. Controle de convencionalidade e a responsabilidade internacional do Estado brasileiro; 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento e consagração dos direitos humanos materializados no plano internacional, em diversos tratados e convenções, representam um aumento da consciência de seu caráter essencial para a manutenção da dignidade da pessoa humana (base axiológica dos direitos fundamentais).

O reconhecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos deu-se após a Segunda Guerra Mundial, ante a comprovação de imensuráveis violações de direitos humanos cometidas pelos regimes nazifascistas em face de grupos minoritários, tais como: judeus, ciganos, homossexuais, pessoas com deficiência, prisioneiros de guerra. A necessidade da reconstrução de uma nova ordem internacional, na qual se adotassem os direitos humanos como o paradigma ético-jurídico fundante deflagrou o início de um sistema global e dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, dentre os quais avulta em importância o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), criado com o escopo de aplicar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que reverbera no plano da internacionalização e universalização dos direitos humanos na região dos Estados americanos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão ou CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte ou CIDH), órgãos especializados da Organização dos Estados Americanos (OEA) que buscam efetivar sua missão, e assumem uma função primordial de orientação nos países signatários, principalmente no tocante às cortes responsáveis por analisar possíveis violações aos direitos humanos.

Por essa razão, se desperta para a importância do papel da jurisdição interna e das Cortes Internacionais na proteção e promoção dos direitos humanos em consonância com a abertura e a primazia conferida pela Constituição Federal de 1988 aos direitos humanos.

Utiliza-se, como metodologia, de pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos jurídicos, documentos internacionais, da legislação e da jurisprudência. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória.

2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E O PROTAGONISMO DA CORTE INTERAMERICANA NA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

Tomando-se como pressupostos os paradigmas do universalismo e da indivisibilidade dos direitos humanos, surge a ambiência contextual propiciadora da criação de sistemas regionais de proteção da pessoa humana, os quais contam com tratados e convenções internacionais que traçam suas linhas diretivas, bem como com órgãos com competência consultiva e contenciosa.

De acordo com Flávia Piovesan (2007, págs. 85 e 86), a análise do sistema interamericano de direitos humanos de proteção dos direitos humanos demanda seja considerado o seu contexto histórico, bem como as peculiaridades regionais. Trata-se de uma região marcada por um elevado grau de exclusão e desigualdade social, ao qual se somam as 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 aos direitos humanos no âmbito doméstico. Dois períodos demarcam, assim, o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais e o período de transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 1980, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil. Ao longo dos regimes ditatoriais que assolaram os Estados da região, os mais básicos direitos e liberdades foram violados, sob as marcas das execuções sumárias; dos desaparecimentos forçados; das torturas sistemáticas; das prisões ilegais e arbitrárias; da perseguição político-ideológica; e da abolição das liberdades de expressão, reunião e associação.

Na análise de Luiz Felipe Viel Moreira, Marcela Cristina Quinteros e André Luiz Reis da Silva (2010, p.292 e 293) sobre redemocratização, abertura política e eleições na América Latina: a crítica internacional aos regimes autoritários intensificou-se quando os Estados Unidos, a partir da segunda metade dos anos de 1970, inauguraram uma política de diminuição dos custos (militares, diplomáticos, políticos e econômicos) das alianças com governos locais em áreas já controladas. A política de direitos humanos, desenvolvida pelo governo Jimmy Carter, atingiu tanto países socialistas quanto os regimes militares da América Latina, antigos aliados. No governo Ronald Reagan, essa política avançou, pressionando pela redemocratização. Com o enfraquecimento da sustentação interna e internacional, os regimes autoritários entraram em crise e iniciaram a transição. A crise das ditaduras e a passagem do poder para os civis foram ocorrendo em série, com a Argentina (1983), Uruguai (1985), Brasil (1986) e, finalmente, o Paraguai (1989) e Chile (1990). O ano de 1989 foi marcado por eleições em todos esses países, embora caracterizados por ritmos diferenciados de transição política.

A realidade contemporânea dos países americanos (mormente os da América Latina) demonstra a existência de diversos fatores que desafiam a primazia dos direitos humanos, tais como: a corrupção institucionalizada; as carências na infraestrutura de acesso à água potável e ao saneamento básico; as profundas desigualdades sociais e econômicas; o poder paralelo do narcotráfico e a estrutura do crime organizado em âmbito transnacional; violência urbana e violações aos direitos humanos; as vicissitudes ambientais (poluição do ar e da água, desmatamento das florestas, utilização de técnicas agrícolas devastadoras à vida...); baixos níveis educacionais; deficiência no acesso à saúde; frequentes práticas arbitrárias e ilegais dos Estados ante os seus cidadãos; dentre diversas outras questões que devem ser enfrentadas para o êxito da proteção aos direitos humanos.

Segundo Theresa Rachel Couto Correia e Laís Arrais Maia Fortaleza (2010, p. 194- 203) com a redemocratização dos países da América Latina, ocorrida na década de 1980, os mecanismos de proteção aos direitos humanos se consolidam. Com o fim dos governos autoritários, buscou-se garantir a maior efetividade dos direitos, fortalecimento das instituições e a estabilização política e econômica. O sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos torna-se cada vez mais relevante nesse contexto.

Torna-se inegável a relação simbiótica travada entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. Este acompanha, incorpora e institucionaliza vários dos avanços conquistados no plano das relações internacionais. Na ordem jurídica constitucional brasileira merecem destaque os §§ 1º- e 2º- do art. 5º- da CF/88.

À guisa de exemplo, tome-se o exemplo da Constituição Federal de 1988 que, segundo Flávia Piovesan (2009, p. 14) constitui o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil.

Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade (2000, p. 192 e 193), as Constituições latino-americanas que assim se posicionam, ao reconhecerem que sua enumeração de direitos não é exaustiva ou supressiva de outros, descartam, desse modo, o princípio da interpretação das leis *inclusio unius est exclusio alterius*. É alentador que as conquistas do direito internacional em prol da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista. Isso vem revelar a coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 representou uma ruptura paradigmática e um corte epistemológico no tocante às Cartas anteriores, ao consagrar o primado do respeito aos direitos humanos e ao privilegiar o valor atinente à dignidade da pessoa humana, como modelo a ser observado e seguido para toda a ordem jurídica pátria. Esses postulados invocam a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, notadamente o americano (materializado pela Convenção Americana Sobre Direitos Humanos- Pacto de San José da Costa Rica). Essa prevalência dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, como postulados norteadores regentes do engajamento do Brasil no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas, inclusive na busca da plena integração das aludidas regras à ordem jurídica interna brasileira, além de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados, servindo de fundamento axiológico da hermenêutica constitucional.

Para Flávia Piovesan (2007, p. 86 e 87), a região latino-americana tem um duplo desafio: 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 reitera a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, há uma relação indissociável entre democracia, direitos humanos e desenvolvimento. Ao processo de universalização dos direitos políticos, em decorrência da instalação de regimes democráticos, deve ser conjugado o processo de universalização dos direitos civis, sociais, econômicos e culturais. Em outras palavras, a densificação do regime democrático na região requer o enfretamento do elevado padrão de violação aos direitos econômicos, sociais e culturais, em face do alto grau de exclusão e desigualdade social, que compromete a vigência plena dos direitos humanos na região, sendo fator de instabilidade ao próprio regime democrático.

O Brasil, além de compor o sistema global, também faz parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), criado em 1948, na Carta da Organização dos Estados Americanos, que culminou na aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948). Além do documento referenciado serve de arcabouço para

o SIDH: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica” (1969). No aludido instrumento, que disciplina em detalhes os deveres dos Estados membros da organização e estrutura de forma definitiva o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, previa-se a criação de uma Corte para julgar as violações ocorridas na região. A convenção entrou em vigor em 1978, após alcançar o mínimo de onze ratificações, e, no ano seguinte, com sede na cidade de San José da Costa Rica, foi fundada a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O SIDH é, portanto, bifásico, uma vez que apresenta dois órgãos distintos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ressalte-se que, tanto a Comissão quanto a Corte Interamericana não são órgãos permanentes, reunindo-se em períodos pré-determinados de sessões ao longo do ano.

No Brasil, desde 1998, aceitou-se que um órgão internacional, a Corte Interamericana, passe a ser o intérprete definitivo de direitos constantes da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O procedimento para consideração de casos de violação de direitos humanos no âmbito do Sistema Interamericano é relativamente desburocratizado haja vista que consoante disposto no Art. 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte. De acordo com o previsto no Art. 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) somente os Estados-partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte. O nº. 2 do Art. 61 determina: para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário o esgotamento dos recursos de jurisdição interna antes de ser acionado o Sistema Interamericano.

Conforme ressaltado, a Corte Interamericana de Direito Humanos surgiu a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A aludida Corte assumiu não só o ônus de atuar contenciosamente na tutela de direitos humanos previstos no Pacto de San José da Costa Rica e em tratados regionais de direitos humanos, mas voluntariamente, na baixa das opiniões consultivas, que servem de orientação aos Estados-membros da OEA, ainda que não tenham força jurídica cogente. O referido órgão jurisdicional aperfeiçoou, por conseguinte, o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, na medida em que não basta para sua eficácia a assunção de compromissos e o reconhecimento formal dos direitos e das liberdades previstos na Declaração ou Convenção Americana: mister a presença de uma instância de natureza contenciosa, judicial. Juntou-se a Corte à já existente Comissão Interamericana de Direitos Humanos, instrumento originalmente desenhado para a promoção dos direitos humanos, contribuindo para a formação, consolidação e aperfeiçoamento de uma cultura – jurídica e política – de reconhecimento,

respeito e proteção aos direitos humanos na América Latina. A Corte Interamericana de Direitos Humanos não constitui, entretanto, instância revisora ou recursal de decisões proferidas pelos Poderes Judiciários dos países signatários.

Na análise de Antônio Augusto Cançado Trindade (2006, p. 354), a jurisprudência evolutiva das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, agora faz parte do patrimônio jurídico de todos os Estados e dos povos do nosso continente.

A característica da universalidade dos direitos humanos permite a possibilidade de interpretação dialética e dialógica entre as jurisdições, quer sejam verticais (entre uma corte regional ou internacional e uma corte constitucional, por exemplo) quanto horizontais (entre jurisdições constitucionais), constituem-se em instrumentos capazes de auxiliar na construção de uma teoria de valores ético-jurídicos comuns ante a complexidade das relações internacionais.

Consoante esposado por Éric Canal-Forgues e Patrick Rambaud (2011, p. 256) na América Latina, a Convenção Interamericana de San José, de 22 novembro de 1969 cria uma Comissão de Direitos Humanos, independente dos Estados e aberta a indivíduos sem a necessidade de autorização deste último, e de uma Corte de Justiça, que não pode ser apreendida pela Comissão e pelos Estados-Membros.

Para Theresa Rachel Couto Correia e Denise Almeida Albuquerque de Assis (2011, p. 270 e 271), o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, por sua vez, é formado por quatro instrumentos: a Declaração Americana dos Direitos e dos Deveres do Homem, a Carta das Organizações dos Estados Americanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador, relativos aos direitos sociais e econômicos. Foi a partir da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos que o sistema logrou reconhecimento junto à comunidade internacional.

Averba André de Carvalho Ramos (2003, p. 92) que, a partir do Parecer Consultivo OC-14/94: “Responsabilidade internacional pela promulgação e aplicação de leis violadoras da Convenção”, para o Direito Internacional, os atos normativos internos (leis, atos administrativos e mesmo decisões judiciais) são expressões da vontade de um Estado, que devem ser compatíveis com seus engagements internacionais anteriores, sob pena de ser o Estado responsabilizado internacionalmente. Consequentemente, um Estado não poderá justificar o descumprimento de uma obrigação internacional em virtude de mandamento interno, podendo ser coagido (com base na contemporânea teoria da responsabilidade internacional do Estado) a reparar os danos causados.

No diagnóstico de Flávia Piovesan (2007, p. 118), o sistema interamericano tem assumido extraordinária relevância, com especial *locus* para a proteção dos direitos humanos. O sistema interamericano salvou e continua a salvar muitas vidas; tem contribuído de forma decisiva para a consolidação do Estado Democrático de Direito e das

democracias na região; tem combatido a impunidade; e tem assegurado às vítimas a aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Para Antônio Augusto Cançado Trindade (2013, p. 25), um dos aspectos mais importantes dos avanços na realização do ideal da justiça internacional reside na afirmação e no reconhecimento da personalidade e capacidade jurídicas internacionais da pessoa humana, para vindicar os direitos que lhe são inerentes como ser humano, inclusive vis-à-vis seu próprio Estado, perante os tribunais internacionais de direitos humanos (a Corte Europeia, em operação desde 1953; a Corte Interamericana, atuando desde 1978; e a Corte Africana, funcionando desde 2006).

Conforme esclarecido por Flávia Piovesan (2009, p. 51) no tocante ao perfil dos casos submetidos à Comissão Interamericana, ao lado daquelas casuísticas atinentes à violência da polícia, constata-se que as situações restantes revelam violência cometida em face de grupos socialmente vulneráveis, como os povos indígenas, a população negra, as mulheres, as crianças e os adolescentes.

3. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO

Observa-se, portanto, que a CIDH tem por objetivo a aplicação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos com a finalidade de garantir a preservação dos direitos de qualquer pessoa, suprimindo violações de qualquer ordem quando promovidas por ações de Estado.

Na visão de José Augusto Lindgren-Alves (2018, p. 340 e 341), a noção de direitos humanos, universal e igualitária, consagrada e difundida pela Declaração Universal é agora elemento naturalmente integrante do discurso brasileiro em geral. Não se quer dizer com isso que os direitos humanos sejam regularmente respeitados no país. Quer-se dizer que a noção entrou na linguagem nacional e se estabeleceu com semântica legítima, manifestada em dispositivos legais, cobranças e reivindicações. A entrada se deu com apoio – às vezes hesitante, é fato- de nosso discurso diplomático.

Com o escopo de mitigar as impunidades, a CIDH possui a prerrogativa da jurisdição internacional que complementa as regras de proteção interna dos Estados-partes componentes do sistema regional de proteção. Um dos mecanismos para garantia da efetividade das decisões prolatadas pela Corte é o instituto intitulado “controle de convencionalidade”, concebido como um instrumento que permite a análise da legislação interna em relação aos tratados e convenções internacionais que o Estado se comprometeu a cumprir.

De acordo com Nestor Pedro Sangües (2011), o controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de

direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais). Esse controle pode ter efeito negativo ou positivo: o efeito negativo consiste na invalidação das normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais, no chamado controle destrutivo ou saneador de convencionalidade; o efeito positivo consiste na interpretação adequada das normas nacionais para que estas sejam conformes às normas internacionais (efeito positivo do controle de convencionalidade), em um controle construtivo de convencionalidade.

No plano prospectivo, observa-se que o SIDH configura eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos na América Latina. Neste diapasão, a jurisprudência sedimentada no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), vem, desde 2006, por intermédio do *leading case* denominado *Almonacid Arellano e outros c. Chile*¹⁷⁷ adotando a orientação conforme a qual os Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos e que reconhecem a jurisdição da Corte Interamericana realizem em âmbito interno o denominado “controle de convencionalidade”. Conforme aduz a CIDH a partir do precedente analisado, os Poderes Judiciários dos países signatários devem proceder ao exame de compatibilidade das leis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, levando em conta não somente o referido tratado, como também a interpretação da CIDH em relação a este. Assim, atualmente, além do já tradicional controle de constitucionalidade da legislação no âmbito doméstico, os magistrados dos países componentes do sistema interamericano devem realizar a aferição de compatibilidade da legislação interna aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país, ou seja: o intitulado “controle de convencionalidade”.

À semelhança do instituto de direito interno (“o controle de constitucionalidade”), o controle judicial de convencionalidade, afirma-se como meio de proteção e solidez dos direitos humanos previstos em documentos internacionais. O recurso a este mecanismo é justificado a partir do reconhecimento aos postulados da integridade sistêmica, oriundo da função de preservação da integridade da Convenção Americana. Operam no controle judicial de convencionalidade tanto os juízes nacionais quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse diapasão, reconhecem-se duas categorias do controle de convencionalidade: (1) controle de convencionalidade em sede interna; e, (2) controle de convencionalidade em sede internacional.

Conforme averbado por André de Carvalho Ramos (2017, p. 540 e 541), há duas subcategorias: (1) o controle de convencionalidade de matriz internacional, também denominado controle de convencionalidade autêntico ou definitivo; e o (2) controle de convencionalidade de matriz nacional, também denominado provisório ou preliminar. O controle de convencionalidade de matriz internacional é, em geral, atri-

177 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Almonacid Arellano e outros c. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C No. 154, par. 94.

buído a órgãos internacionais compostos por julgadores independentes, criados por tratados internacionais, para evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, fiscais e fiscalizados, criando a indesejável figura do *judex in causa sua*. Na seara dos direitos humanos, exercitam o controle de convencionalidade internacional os tribunais internacionais de direitos humanos (Corte Europeia, Interamericana e Africana), os comitês onusianos, dentre outros. Há ainda o controle de convencionalidade de matriz nacional, que vem a ser o exame de compatibilidade do ordenamento interno diante das normas internacionais incorporadas, realizado pelos próprios juízes internos. Esse controle nacional foi consagrado na França em 1975 (decisão sobre a lei de interrupção voluntária da gravidez), quando o Conselho Constitucional, tendo em vista o art. 55 da Constituição francesa sobre o estatuto supralegal dos tratados, decidiu que não lhe cabia a análise da compatibilidade de lei com tratado internacional. Essa missão deve ser efetuada pelos juízos ordinários, sob o controle da Corte de Cassação e do Conselho de Estado. Além dos juízes, é possível que o controle de convencionalidade nacional seja feito pelas autoridades administrativas, membros do Ministério Público e Defensoria Pública (no exercício de suas atribuições) e haja, inclusive, o controle preventivo de convencionalidade na análise de projetos de lei no Poder Legislativo. Consagra-se o controle de convencionalidade de matriz nacional não jurisdicional¹⁷⁸.

O controle de convencionalidade de matriz nacional fica a cargo da competência do STF em realizar o controle de convencionalidade das leis pátrias em relação aos tratados tidos como supralegais e também em relação aos tratados incorporados pelo rito especial previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88, que passam a integrar o bloco de constitucionalidade restrito.

Conforme a orientação firmada na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o controle de convencionalidade encontra-se plasmado na responsabilidade civil internacional do Estado como um todo, independentemente de onde tenha surgido o ato violador da Convenção Americana de Direitos Humanos. Elucidativo nesse diapasão é o *Caso Olmedo Bustos y otros versus Chile*¹⁷⁹, decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 2001, encontra-se na confluência entre o direito à liberdade religiosa e o direito à liberdade de expressão, por tratar da condenação do Estado do Chile por censurar o filme “A última tentação de Cristo”, do diretor estadunidense Martin Scorsese, por violação à honra religiosa. A controvérsia girou em torno dos artigos 12 e 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, projetando um conflito material entre Liberdade de Consciência e Religião ante a Liberdade de Pensamento e Expressão.

178 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Gelman c. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C No. 221, par. 69.

179 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, “*A Última Tentação de Cristo*” (*Olmedo Bustos e outros c. Chile*), Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 05 de fevereiro de 2001, Série C Nº 73.

Portanto, ao tratar da responsabilidade internacional estatal ante o controle de convencionalidade, decidiu a Corte Interamericana que o Estado deve assumir a responsabilidade internacional pelos atos dos órgãos do poder público que transgridam os compromissos internacionais.

Para Antônio Augusto Cançado Trindade (2013, p. 64), é altamente desejável que, paralelamente aos distintos mecanismos para a supervisão do cumprimento das sentenças dos tribunais internacionais contemporâneos, os Estados adotem procedimentos de direito interno para assegurar, em base permanente, o fiel cumprimento das referidas sentenças dos tribunais internacionais, evitando, assim, soluções casuístas. Enfim, o fiel cumprimento ou execução de suas sentenças é uma preocupação legítima de todos os tribunais internacionais contemporâneos. Tal cumprimento de sentenças deve ser integral, e não parcial ou seletivo. No entendimento do autor, não há aqui lugar para considerações de cunho pragmático; impõe-se uma posição principista, sobre questão de tamanha importância, que concerne à *ordre public* internacional, e ao *rule of law* (*prééminence du droit*) nos planos nacional e internacional.

Sobre a necessidade de observância do controle de convencionalidade no julgamento do Caso Vladimir Herzog, a CIDH¹⁸⁰ consignou que a obrigação do Estado de garantir que a Lei de Anistia não continue sendo um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, bem como para a investigação, persecução penal, julgamento e punição de todos os responsáveis pelos crimes denunciados, determinando que o Estado brasileiro exerça o controle de convencionalidade de suas decisões para reconhecer que a Lei de Anistia não tem efeitos jurídicos.

No diagnóstico de Flávia Piovesan (2007, págs. 104 e 105), a decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma indenização à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado. Contudo, é necessário que o Estado reconheça a jurisdição da Corte, já que a aludida jurisdição é apresentada sob a forma de cláusula facultativa. O Estado brasileiro finalmente reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana por meio do Decreto Legislativo nº.: 89, de 3 de dezembro de 1998.

Ao seguir o rito na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil foi instado a apresentar suas alegações na 118ª- Sessão Ordinária no caso do jornalista Vladimir Herzog.

O jornalista Vladimir Herzog, membro do Partido Comunista, foi torturado e assassinado por agentes estatais que trabalhavam para o Exército e nenhuma ação efetiva na justiça brasileira apontou claramente os responsáveis pela prática criminosa. Ante

180 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Herzog e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 15 de março de 2018, Série C No. 353, § 367.

a impunidade ocorrida na justiça pátria, a família recorreu ao Sistema Interamericano para ter o seu acesso à justiça permitido, fazendo com que o Estado Brasileiro retome as investigações e apure os fatos que levaram a morte do jornalista e que faça a reparação adequada a seus familiares.

Conforme assevera Boris Fausto (2010, págs. 271 e 272), em outubro de 1975, no curso de uma onda repressiva, o jornalista Vladimir Herzog, diretor de jornalismo da TV Cultura de São Paulo, foi intimado a comparecer ao DOI-CODI, por suspeita de ligações com o PCB. Herzog apresentou-se ao DOI-CODI e dali não saiu vivo. Sua morte foi apresentada como suicídio por enforcamento, uma forma grosseira de encobrir a realidade: tortura seguida de morte. O fato provocou grande indignação em São Paulo, sobretudo nos meios da classe média profissional e da Igreja Católica. A Igreja e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) mobilizaram-se, denunciando o emprego sistemático da tortura e os assassinos encobertos. Poucos meses mais tarde, em janeiro de 1976, o operário metalúrgico Manoel Fiel Filho foi morto em circunstâncias semelhantes às da morte de Herzog. Mais uma vez, a versão oficial era de suicídio por enforcamento.

Em idêntico sentido corrobora José Murilo de Carvalho (2017, p. 181 e 182) conforme o qual, em 1975, o jornalista Vladimir Herzog, tendo-se apresentado espontaneamente aos órgãos de segurança do II Exército, de São Paulo, apareceu morto na cela no dia seguinte. Como já havia maior liberdade de imprensa, o fato teve ampla divulgação e gerou protestos. Os órgãos de segurança alegaram, como de costume, que teria havido suicídio, versão em que ninguém acreditava.

Após a morte do jornalista foram iniciadas manifestações para a divulgação da verdade do ocorrido no dia em que Herzog havia ido até o comando de operações para prestar depoimento, havendo até uma condenação da União pela morte do jornalista em 1978, conforme sentença prolatada pelo Juiz Federal Márcio José de Moraes que desafiou a ditadura ao apontar que houve tortura. Em março deste ano, família recebeu novo atestado de óbito do jornalista.

Conforme anota Rubens Ricupero (2017, p. 510), crescentemente inquietos com os rumos políticos, os “elementos sinceros, porém radicais”, modo como Geisel se referia à linha dura, preferiram esperar alguns meses e contestar o presidente no terreno da repressão. A partir de janeiro de 1975, recrudesceu a ofensiva contra o PCB, cuja cúpula foi quase toda exterminada pelos órgãos repressivos. Também nessa época (outubro de 1975), seria assassinado nas dependências do DOI-Codi de São Paulo o jornalista Vladimir Herzog, despertado viva comoção popular. O ato ecumênico celebrado em sua memória na Catedral da Sé em São Paulo reuniu o Cardeal Dom Paulo Evaristo Arns, o rabino Henry Sobel, representantes de inúmeras igrejas cristãs e evangélicas e milhares de pessoas que transbordaram para a Praça da Sé. Começava-se a perceber

que, por trás dos oficiais da repressão sediados em São Paulo, escondia-se o Ministro do Exército, Sílvio Frota, que ambicionava chegar à Presidência pelas mãos da linha dura.

Com a redemocratização e a consequente promulgação da Constituição Federal de 1988, consagradora da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, ocorreu um giro civilizatório na realidade jurídica brasileira. Nesse contexto, em 1996, a Comissão Especial dos Desaparecidos Políticos reconheceu oficialmente que Vladimir Herzog foi assassinado e concedeu uma indenização à sua família, que não a aceitou, por julgar que o Estado brasileiro não deveria encerrar o caso dessa forma, sem investigação profunda dos responsáveis pelo caso. Durante os trabalhos da Comissão Nacional da Verdade, em 2013, a família conseguiu a retificação do atestado de óbito no qual consta que a morte do jornalista se deu em função de “lesões e maus tratos sofridos durante os interrogatórios em dependência do 2º Exército (DOI/CODI)”. Como a justiça brasileira não entendeu que haveria mais nada para se decidir primeiro houve um peticionamento perante a Comissão Interamericana, que em 2016 passou o caso para a Corte Interamericana.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2016 resolve por encaminhar à Corte o caso Vladimir Herzog e outros *versus* Brasil, por não ter o Brasil tomado providências para a apuração dos acontecimentos, como detenção, tortura e morte de Herzog, que havia sido recomendado pela Comissão IDH.

No dia 24 de maio de 2017, foi ouvida pela CIDH a viúva da vítima, Clarice Herzog, a qual afirmou sobre o longo processo: “...nós temos direito à verdade...”, “direito à justiça, verdade e reparação no Brasil são inexistentes”; “Estado não cumpriu nada, vão para a frente, e nós ficamos lá, no passado”.

A Corte, em 15 de março de 2018 profere a sentença do Caso Herzog e outros *versus* Brasil para que o país passe a investigar o crime, por meio da punição dos responsáveis, inaplicabilidade da Lei de Anistia e obstáculos à realização da justiça.

Conforme relata André de Carvalho Ramos (2017, p. 458), a Comissão IDH encaminhou, no dia 22 de abril de 2016, à Corte o Caso nº.: 12.879, que trata do homicídio do jornalista Vladimir Herzog e ainda da existência de um padrão de violência e perseguição sistemática a indivíduos militantes do Partido Comunista. O julgamento serviu como uma oportunidade para a Corte IDH reafirmar sua jurisprudência sobre a inconveniência da lei brasileira de anistia e do uso de institutos como coisa julgada e prescrição nesses casos de graves violações de direitos humanos na época da ditadura. Novamente, é necessário que o sistema de justiça nacional reveja sua forma de relacionamento com os processos internacionais de direitos humanos.

Em resumo na sentença da CIDH¹⁸¹, o Caso Herzog é assim sintetizado:

181 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Herzog e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 15 de março de 2018, Série C No. 353, § 1.

1. O caso submetido à Corte. - Em 22 de abril de 2016, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão Interamericana” ou “Comissão”) submeteu à Corte o Caso Vladimir Herzog e outros contra a República Federativa do Brasil (doravante denominado “Estado” ou “Brasil”). De acordo com informações da Comissão, o caso se refere à suposta responsabilidade internacional do Estado pela situação de impunidade em que se encontram a detenção arbitrária, a tortura e a morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorridas em 25 de outubro de 1975, durante a ditadura militar. Essa impunidade seria causada, entre outros, pela Lei No. 6.683/79 (Lei de Anistia), promulgada durante a ditadura militar brasileira. As supostas vítimas no presente caso são Clarice Herzog, Ivo Herzog, André Herzog e Zora Herzog.

O Brasil adota, ainda, por decisão do Supremo Tribunal Federal¹⁸² a integração da Lei de Anistia (Lei nº.: 6.683/79) com a ordem jurídico-constitucional instaurada pela Constituição Federal de 1988, mesmo tendo, em algumas oportunidades, o Sistema Interamericano de direitos humanos recomendado o seu afastamento do ordenamento jurídico por entender que viola a Convenção Americana e o compromisso adotado pelo país com a promoção e proteção dos direitos humanos. Em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por sete votos a dois, que a Lei de Anistia era compatível com a Constituição Federal de 1988, reafirmando sua vigência. Esta Corte se manifestou sobre a lei analisada na sentença proferida no caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) *versus* Brasil. Em virtude dessa lei, até a contemporaneidade, o Estado não investigou, processou ou sancionou penalmente os responsáveis pelas violações de direitos humanos perpetradas durante o regime ditatorial militar, incluindo o Caso Vladimir Herzog. Isso se deve a que a interpretação da Lei de Anistia absolve automaticamente todas as violações de direitos humanos cometidas por agentes da repressão política.

Em 2010, a Corte Interamericana condenou o Brasil e determinou que o Estado apurasse e denunciasses atos ilícitos e violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos durante a ditadura militar no Caso Gomes Lund, sobre a Guerrilha do Araguaia.

Para Héctor Faúndez Ledesma (2004, p. 811), segundo Corte, as reparações consistem em medidas destinadas a fazer com que os efeitos das violações cometidas desapareçam. Mas, como comprovado, o reparo não tem um caráter puramente pecuniário. Portanto, juntamente com o dano patrimonial derivado da violação dos direitos humanos, o Tribunal considera outros efeitos nocivos desses eventos, que eles não têm um caráter econômico ou patrimonial e que podem ser reparados mediante a realização de atos do poder público; esses atos podem incluir investigação e punição dos responsáveis, atos que reivindicam a memória da vítima, que eles dão consolo aos seus parentes

182 Supremo Tribunal Federal -*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*- ADPF nº.: 153, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010

e que eles significam reprovação das violações dos direitos humanos que ocorreram e medidas que impliquem o compromisso de que eventos dessa natureza não voltem a ocorrer. Em resumo, os reparos incluem os seguintes elementos: a) se possível, a restituição da situação jurídica infringida, garantindo à pessoa afetada o gozo dos seus direitos ou liberdades violados, b) a indenização pecuniária apropriada, c) medidas corretivas de natureza não pecuniária, d) a investigação dos fatos e a correspondente sanção dos responsáveis, e) as garantias de não repetição dos eventos que deram origem à demanda, e f) a adaptação da normatização interna do Estado ao disposto na Convenção.

A decisão da CIDH, datada de 15 de março de 2018, traz diversas reparações que o Brasil deve realizar para cobrir as injustiças que vem desenvolvendo ao longo desses anos em relação a essa matéria em específico. Entendeu a Corte que há crime contra a humanidade no caso apresentado e ainda afirma que “isso significa que seu conteúdo, sua natureza e as condições de sua responsabilidade são estabelecidas pelo Direito Internacional, independentemente do que se possa estabelecer no direito interno dos Estados”¹⁸³.

Conforme esclarece Héctor Faúndez Ledesma (2004, p. 846), sem dúvida, o montante da compensação tem que ser em relação à natureza das violações dos direitos humanos constatadas em cada caso, e com a responsabilidade atribuída ao Estado em cada um deles; de maneira que qualquer comparação deve levar essas variáveis em consideração, e somente serve como um marco histórico. Além disso, ao definir o valor da indenização, o Tribunal distinguiu também entre os casos em que o Estado reconheceu os fatos e assumiu sua responsabilidade, e aqueles na medida em que não foi assim.

Nessa ordem de ideias, a CIDH¹⁸⁴ julgou pertinente fixar, de maneira justa, uma compensação, no montante de US\$20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América), a título de dano emergente (danos materiais), devendo ser entregues diretamente à senhora Clarice Herzog, em representação de todas as vítimas do presente caso, bem como a título de danos morais, a CIDH fixou a soma de US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada uma das partes, ou seja, em favor de Clarice (esposa), André (filho), Ivo (filho) e Zora Herzog (mãe). A respeito de Zora Herzog, considerando que faleceu em 2006, o montante determinado no presente parágrafo deve ser pago diretamente a seus sucessores.

O órgão ainda entendeu que não há no caso de tortura e assassinatos cometidos em situações de ditaduras e violações sistemáticas de direitos humanos qualquer prazo prescricional, devendo ser investigados os casos e punidas as pessoas que o praticaram, não sendo o caso de aplicação de leis de anistia, que deveria ser revisada pelo Estado brasileiro¹⁸⁵.

183 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Herzog e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 15 de março de 2018, Série C No. 353, § 222.

184 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Herzog e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 15 de março de 2018, Série C No. 353, § 392.

185 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Herzog e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 15 de março de 2018, Série C No. 353, § 259.

Diante disso a Corte analisa que nesse caso não se trata de um homicídio comum ou de um ato de tortura isolado, mas da tortura e do assassinato de uma pessoa sob a custódia do Estado, como parte de um plano estabelecido pelas mais altas autoridades do Estado, com o objetivo de exterminar os opositores da ditadura. Essa política não só foi extremamente violenta, mas também se manifestou no acobertamento, por parte de funcionários, médicos, peritos, promotores e juízes, entre outros, que garantiram sua impunidade¹⁸⁶.

Deve-se reconhecer que as violações aos direitos humanos eram comuns no período da ditadura militar, inclusive o Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia), julgado anteriormente pela Corte, reconheceu que, não tendo sido tomada nenhuma providência em relação a anistia desses crimes, sendo ainda julgada pelo STF¹⁸⁷ como válida a Lei de Anistia, na sua decisão o órgão internacional “julga oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados”¹⁸⁸.

Na sentença, após a análise dos direitos humanos violados, a Corte, como medida de reparação solicita na sua decisão que devem ser retomadas as investigações acerca do crime punindo os responsáveis pelos atos violadores dos direitos humanos de Herzog e que isso seja feito dentro de um prazo razoável¹⁸⁹.

Requer ainda a Corte que o Estado brasileiro “realize um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional pelos fatos do presente caso, em desagravo à memória de Vladimir Herzog e à falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por sua tortura e morte”¹⁹⁰.

Para o cumprimento das ações a Corte concedeu o prazo de um ano para que o Brasil apresente um relatório para cumprimento das reparações propostas pela decisão, cabendo ao órgão internacional supervisionar o cumprimento integral da sentença¹⁹¹.

Na sentença da CIDH¹⁹², sobre a responsabilização internacional do Estado brasileiro, foi declarado por unanimidade:

186 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Herzog e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas, 15 de março de 2018, Série C No. 353, § 304.

187 Supremo Tribunal Federal -*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF n.º: 153*, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010

188 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Herzog e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas, 15 de março de 2018, Série C No. 353, § 311.

189 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Herzog e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas, 15 de março de 2018, Série C No. 353, § 54.

190 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Herzog e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas, 15 de março de 2018, Série C No. 353, § 380.

191 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Herzog e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas, 15 de março de 2018, Série C No. 353, § 14.

192 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Herzog e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas, 15 de março de 2018, Série C No. 353, §§ 3 e 4.

“O Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e em relação aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em prejuízo de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog, pela falta de investigação, bem como do julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog, cometidos em um contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil, bem como pela aplicação da Lei de Anistia No. 6683/79 e de outras excludentes de responsabilidade proibidas pelo Direito Internacional em casos de crimes contra a humanidade, nos termos dos parágrafos 208 a 312 da presente Sentença.

(...)

O Estado é responsável pela violação do direito de conhecer a verdade de Zora Herzog, Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog, em virtude de não haver esclarecido judicialmente os fatos violatórios do presente caso e não ter apurado as responsabilidades individuais respectivas, em relação à tortura e assassinato de Vladimir Herzog, por meio da investigação e do julgamento desses fatos na jurisdição ordinária, em conformidade com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, nos termos dos parágrafos 328 a 339 da presente Sentença.”

Há ainda no Brasil um longo caminho para se percorrer na efetividade da proteção aos direitos humanos. Enquanto medidas mais palpáveis não surgem por parte dos poderes institucionais brasileiros para a concretização das decisões desse órgão internacional, cabe à Corte de certa forma tentar fazer com que os Estados cumpram suas decisões, nem que sejam apenas de forma simbólica e como medida de tentativa de reparação às violações dos direitos humanos, inclusive por intermédio do controle de convencionalidade.

No plano analítico-prospectivo observa-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio de sua jurisprudência, assume um importante papel na construção e fortalecimento dos direitos humanos na região. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos materializa a garantia fundamental de acesso à jurisdição, uma vez que sistema judicial (na atual conjuntura) não mais se limita mais à circunscrição dos limites territoriais dos Estados, não se podendo olvidar acerca da existência de institutos no direito interno dos países da América Latina que valorizam uma ordem jurídico-constitucional comprometida com a materialização dos direitos humanos, na construção regional de regimes inclusivos e democráticos.

Conforme orientação firmada na CIDH, um Estado não poderá justificar o descumprimento de uma obrigação internacional em virtude de mandamento interno, podendo ser coagido (com base na contemporânea teoria da responsabilidade internacional do Estado) a reparar os danos causados.

A jurisprudência sedimentada no âmbito da CIDH, adota a orientação conforme a qual os Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos e que reconhe-

cem a jurisdição da Corte Interamericana realizem em âmbito interno o denominado “controle de convencionalidade”. Assim, além do controle de constitucionalidade da legislação doméstica, os magistrados dos países componentes do sistema interamericano devem realizar a aferição de compatibilidade da legislação interna aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país, ou seja: o intitulado “controle de convencionalidade”, meio de proteção e solidez dos direitos humanos previstos em documentos internacionais.

Conforme a orientação firmada na jurisprudência da CIDH, o controle de convencionalidade encontra-se plasmado na responsabilidade civil internacional do Estado como um todo, independentemente de onde tenha surgido o ato violador da Convenção Americana de Direitos Humanos. Elucidativo nesse diapasão é o *Caso Olmedo Bustos y otros versus Chile* (2001)¹⁹³.

A Comissão, em 2016 resolve por encaminhar à Corte o caso Vladimir Herzog e outros *versus* Brasil, por não ter o Brasil tomado providências para a apuração dos acontecimentos, como detenção, tortura e morte de Herzog, que havia sido recomendado pela Comissão IDH. A Corte, em 2018 profere a sentença do Caso Herzog e outros *versus* Brasil para que o país passe a investigar o crime, por meio da punição dos responsáveis, inaplicabilidade da Lei de Anistia e obstáculos à realização da justiça.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso predominante vincula a gênese dos direitos humanos ao desenvolvimento da modernidade ocidental. Neste sentido, eles estariam atrelados à ideia de racionalidade científica uniformizante, surgida no momento histórico do iluminismo (na ambiência ideológica do antropocentrismo cartesiano) e delineada ao longo da modernidade, que, no campo jurídico, resultou no movimento da codificação entre os Séculos XIX e XX, na busca por mais racionalidade, clareza, técnica e uniformidade, especialmente após as transformações advindas a partir da Revolução Francesa, notadamente com o Código Civil de Napoleão Bonaparte de 1804, marco histórico das codificações. Nesse mesmo momento histórico, ocorre a positivação das primeiras fontes consideradas como sistematizadoras dos direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988 representou uma ruptura paradigmática e um corte epistemológico no tocante às Cartas anteriores, ao consagrar o primado do respeito aos direitos humanos e ao privilegiar o valor atinente à dignidade da pessoa humana, como modelo a ser observado e efetivado por toda a ordem jurídica nacional. Tais postulados invocam a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, notadamente o americano (materializado pela Convenção Americana Sobre Direitos Humanos- Pacto de San José da Costa Rica). Essa

193 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros c. Chile)*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 05 de fevereiro de 2001, Série C Nº 73.

prevalência dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, como postulados norteadores regentes do engajamento do Brasil no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas, inclusive na busca da plena integração de tais regras à ordem jurídica interna brasileira, além de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados, servindo de fundamento axiológico da hermenêutica constitucional. Desta forma, verifica-se que a ordem jurídico-constitucional brasileira de 1988 ao estabelecer a primazia dos direitos humanos, vem corrigindo as injustiças históricas, sociais, culturais, políticas e econômicas perpetradas pelo Estado. Conclui-se que houve a valorização de uma ordem jurídico-constitucional comprometida com a materialização dos direitos humanos, na construção de uma genuína democracia cidadã e inclusiva.

No plano analítico-prospectivo observa-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio de sua jurisprudência, assume um importante papel na construção e fortalecimento dos direitos humanos na região. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos materializa a garantia fundamental de acesso à jurisdição, uma vez que sistema judicial (na atual conjuntura) não mais se limita mais à circunscrição dos limites territoriais dos Estados, não se podendo olvidar acerca da existência de institutos no direito interno dos países da América Latina que valorizam uma ordem jurídico-constitucional comprometida com a materialização dos direitos humanos, na construção regional de regimes inclusivos e democráticos.

Conforme orientação firmada na CIDH, um Estado não poderá justificar o descumprimento de uma obrigação internacional em virtude de mandamento interno, podendo ser coagido (com base na contemporânea teoria da responsabilidade internacional do Estado) a reparar os danos causados. A jurisprudência sedimentada no âmbito da CIDH, adota a orientação conforme a qual os Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos e que reconhecem a jurisdição da Corte Interamericana realizem em âmbito interno o denominado “controle de convencionalidade”. Assim, além do controle de constitucionalidade da legislação doméstica, os magistrados dos países componentes do sistema interamericano devem realizar a aferição de compatibilidade da legislação interna aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país, ou seja: o intitulado “controle de convencionalidade”, meio de proteção e solidez dos direitos humanos previstos em documentos internacionais.

Conforme a orientação firmada na jurisprudência da CIDH, o controle de convencionalidade encontra-se plasmado na responsabilidade civil internacional do Estado como um todo, independentemente de onde tenha surgido o ato violador da Convenção Americana de Direitos Humanos. Elucidativo, nesse diapasão, é o *Caso Olmedo Bustos y otros versus Chile* (2001)¹⁹⁴.

194 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, “*A Última Tentação de Cristo*” (*Olmedo Bustos e outros c. Chile*), Ex-

A Comissão, em 2016 resolve por encaminhar à Corte o caso *Vladimir Herzog e outros c. Brasil*, por não ter o Brasil tomado providências para a apuração dos acontecimentos, como detenção, tortura e morte de Herzog, que havia sido recomendado pela Comissão IDH. A Corte, em 2018 profere a sentença do Caso Herzog e outros *versus* Brasil para que o país passe a investigar o crime, por meio da punição dos responsáveis, inaplicabilidade da Lei de Anistia e obstáculos à realização da justiça.

Sobre a necessidade de observância do controle de convencionalidade no julgamento do caso Vladimir Herzog, a CIDH consignou que a obrigação do Estado de garantir que a Lei de Anistia não continue sendo um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, bem como para a investigação, persecução penal, julgamento e punição de todos os responsáveis pelos crimes denunciados, determinando que o Estado brasileiro exerça o controle de convencionalidade de suas decisões para reconhecer que a Lei de Anistia não tem efeitos jurídicos.

A decisão da CIDH traz diversas reparações que o Brasil deve realizar para cobrir as injustiças que vem desenvolvendo ao longo desses anos em relação a essa matéria em específico. Entendeu a Corte que há crime contra a humanidade no caso apresentado e ainda afirma que isso significa que seu conteúdo, sua natureza e as condições de sua responsabilidade são estabelecidas pelo Direito Internacional, havendo no Brasil um longo caminho para se percorrer na efetividade da proteção aos direitos humanos.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES, José Augusto Lindgren-. *É preciso salvar os direitos humanos!* São Paulo: Perspectiva, 2018.
- CANAL-FORGUES, Éric. RAMBAUD, Patrick. *Droit international public*. 2e- édition. Paris: Champs Université, 2011.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 23ª- edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CORREIA, Theresa Rachel Couto; FORTALEZA, Laís Arrais Maia. A influência da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Supremo Tribunal Federal. In: *8o- Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, 2010, Foz do Iguaçu. MENEZES, Wagner (organizador). *Estudos de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2010. v. XX. p. 194- 203.
- CORREIA, Theresa Rachel Couto; ASSIS, Denise Almeida Albuquerque de. Acesso à Justiça Internacional: proposta para um tribunal latino-americano da UNASUL In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuck de; MORAES, Germana de Oliveira; CÉSAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. (Organizadores). *A construção jurídica da UNASUL*. 1 ed. Florianópolis: Editora da UFSC: Fundação Boiteux, 2011.
- FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. 2ª- edição. 3ª- reimpressão. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2010.
- LEDESMA, Héctor Faúndez. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos Aspectos institucionales y procesales*. Tercera edición. San José, Costa Rica.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Abertura e o tratamento prioritário dos Direitos Humanos na ordem jurídico-constitucional brasileira de 1988. In: Tainah Simões Sales; Ana Cecília Bezerra de Aguiar; Fernanda Cas-

telo Branco Araújo; Hugo de Brito Machado Segundo. (Org.). *Direito Constitucional: os 25 anos da Constituição Federal de 1988. Homenagem do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*. 01ed. Fortaleza: Expressão, 2014, v. 01, p. 21-53.

MOREIRA, Luiz Felipe Viel; QUINTEROS, Marcela Cristina; SILVA, André Luiz Reis da.. *As relações internacionais da América Latina*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 1ª- edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª- edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4ª- edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, ano 2, n. 7, p. 81-100, abr./jun. 2003.

RICUPERO, Rubens. *A diplomacia na construção do Brasil: 1750-2016*. 1ª- edição. Rio de Janeiro: Versal Editores, 2017.

SAGÜES, Nestor Pedro. El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus antecipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (orgs.). *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un ius constitucionale commune en América Latina*. Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2ª- edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013.

8.

JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL¹⁹⁵

Sylvia Helena Steiner

Agradeço imensamente o convite que me foi dirigido para expor algumas de minhas ideias sobre o diálogo que tem se estabelecido entre diversas Cortes internacionais, um diálogo que se aperfeiçoa com vistas a garantir cada vez mais o respeito e a proteção da dignidade humana no campo internacional.

A primeira tarefa que me havia sido dado fora a de buscar, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sinais da aplicação em seus julgados de precedentes do Tribunal Penal Internacional, Tribunal a que tive a honra de pertencer e exercer a judicatura por 13 anos. No entanto, entendi mais adequado aqui fazer a análise inversa: buscar na jurisprudência – de todo ainda recente – do Tribunal Penal Internacional a interação com a jurisprudência da Corte Interamericana.

Há uma razão para tal escolha: a Corte Interamericana é um Tribunal de Direitos Humanos. Julga Estados tidos por responsáveis por sérias violações de direitos fundamentais de seus cidadãos. O Estado é chamado à Corte para provar não ter violado as normas de direitos fundamentais.

O Tribunal Penal Internacional é um tribunal que julga pessoas, acusadas de cometer os mais graves crimes que põem em risco a paz e a sobrevivência da humanidade. A pessoa, o indivíduo é julgado. E é o Tribunal, através de sua promotoria, que tem que provar a culpa do indivíduo. Os procedimentos, portanto, do Tribunal Penal Internacional, envolvem seres distintos, dentro de um sistema procedimental distinto, com um ônus da prova diverso, e com um rol de direitos assegurados aos acusados que vai muito, muito além, dos direitos de um Estado na defesa de seus interesses. O *standard* probatório é distinto. O regime de admissibilidade de provas é distinto. Vejo como muito tímida, por essas razões, a apropriação, pela Corte Interamericana, da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional.

Já em relação à apropriação, pelo Tribunal Penal Internacional, da jurisprudência da Corte de Direitos Humanos, é constante, é profusa, é rica e, antes de tudo, necessária. Necessária em face do disposto no artigo 21(3) o Estatuto de Roma, documento fundador do Tribunal Penal Internacional. O artigo 21, que elenca as fontes de interpretação e de aplicação da lei, prevê em seu parágrafo 3º a obrigatoriedade de que

195 Palestra proferida no Superior Tribunal de Justiça em marco de 2020. "Tendo em vista as restrições impostas pela pandemia da COVID-19 e com o intuito de evitar atraso na finalização deste volume, o presente texto da palestra proferida pela Doutora Sylvia Steiner aparece sem notas de rodapé. Decisão nesse sentido foi tomada com a anuência da Autora".

ambas – interpretação e aplicação das normas – esteja de acordo com os direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Portanto, não podem se esquivar, os juízes e juízas do Tribunal Penal Internacional, de interpretar e aplicar a lei utilizando-se dos precedentes das Cortes de Direitos Humanos. Por essa razão, é farta a jurisprudência do TPI em decisões que se apoiam em precedentes das Cortes de Direitos Humanos. Daí ter eu decidido trazer a essa plateia um breve quadro desse diálogo do TPI com outros tribunais internacionais, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

São de Cançado Trindade essas palavras: “Sem dúvida hoje em dia os Estados estão obrigados a respeitar certas normas básicas de direitos humanos e de direito humanitário, tenham ou não ratificado tratados que as contemplam. Isso já havia sido firmado inclusive pela Corte Internacional de Justiça, na sua Opinião Consultiva de 1966 relativa à questão da legalidade do uso ou ameaça de uso de armas nucleares, na qual aquela Corte destaca que certas normas básicas de direito humanitário constituem normas oponíveis *erga omnes*, como expressão do direito internacional consuetudinário”.

Convergem, o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional humanitário, e o direito dos refugiados, no seu caráter de normas de proteção. Essas normas são hoje consideradas como regras imperativas de direito internacional. Como decidiu o ICTY no caso *Furundzija*, “a essência de todo o corpus do direito humanitário e dos direitos humanos apoia-se na proteção da dignidade humana, de qualquer pessoa. O princípio geral de respeito à dignidade humana é a base e a razão e ser do direito humanitário e dos direitos humanos; realmente, nos tempos modernos, converteu-se em princípio de tão grande importância que impregna todo o direito internacional.

É dentro desse quadro que se desenvolve também o direito penal internacional, cuja base é exatamente o de submeter a julgamento aqueles que cometem as mais graves violações de direitos humanos e das normas de direito humanitário. Um tribunal penal cuja função principal é lutar contra a impunidade, e garantir a devida reparação às vítimas de violações de direitos fundamentais.

A Corte Interamericana, no caso *Velazquez Rodriguez*, já estabelecera que um Estado tem o dever legal de prevenir violações de direitos humanos, de investigar com seriedade as provas dessas violações, de identificar os responsáveis, de impor penas e sanções, e de assegurar a justa reparação às vítimas.

A obrigação de processar e julgar também vem expressamente reconhecida em diversos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos. Essa obrigação está expressa nos Princípios de Chicago sobre Justiça Pós Conflito, que norteiam todas as novas iniciativas no campo da chamada Justiça de Transição – a saída de uma situação de conflito, armado ou não, para a restauração do tecido social, e da democracia. O primeiro Princípio já estabelece que “Os Estados devem processar e julgar os autores de graves violações de direitos humanos e de direito humanitário”.

As Nações Unidas, mais recentemente (2010) , fizeram publicar a Nota do Secretário Geral sobre Justiça de Transição em que, entre outras disposições, estabelece que a justiça de transição tem como base fundamental os quatro pilares do sistema legal moderno no campo internacional: o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional humanitário, o direito penal internacional e o direito internacional dos refugiados. É dentro dessa que o artigo 21 do Estatuto de Roma estabelece as fontes do direito aplicável por aquele Tribunal. O parágrafo (3) desse artigo é o que aqui mais nos interessa: dispõe que: a aplicação e interpretação do direito em conformidade com o presente artigo deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos (...). E é dentro dessa perspectiva que, entre os Tribunais Internacionais, podemos hoje falar de um sistema quase integrado de justiça internacional, em que as Cortes, segundo as palavras de Leila Sadat, estão interagindo num fascinante exemplo de diálogo transnacional e justiça, de forma permanente.

No Tribunal Penal Internacional, em seu primeiro caso – o caso *Lubanga* – a Câmara Preliminar debruçou-se sobre a definição de conflito armado de caráter não internacional definida em julgado da Corte Internacional de Justiça. Da mesma forma, buscou em precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos as regras relativas à identificação de vítimas pertencentes a etnias que não dispõem de documento oficiais de identidade – lembrando aqui que a determinação da idade dos menores de 15 anos recrutados para lutar era elemento constitutivo do tipo penal do crime de guerra de recrutamento e utilização de crianças soldados!

Também no caso *Lubanga*, em sua decisão de confirmação das acusações, a Câmara foi buscar em julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos precedentes sobre a violação de direito fundamental à intimidade e à privacidade, e a utilização de provas alegadamente obtidas de forma ilícita ou ilegal, matéria de discussão no caso e que poderia levar à anulação de provas alegadamente colhidas em violação a normas de direitos fundamentais.

No caso *Al Bashir*, veio de julgado da Corte Internacional de Justiça a definição do crime de genocídio, e sua distinção em relação à limpeza étnica¹⁹⁶. Aliás, recentemente, aquela Corte novamente se debruçou sobre a análise dos elementos constitutivos do genocídio, mas desta vez a decisão final vem acompanhada de Voto dissidente de nosso eminente Juiz Cançado Trindade, que versa exatamente sobre a prova a ser levada em conta na aferição do dolo específico do crime de genocídio.

A definição apropriada do crime de desaparecimentos forçados foi mais de uma vez elaborada pelo Tribunal Penal Internacional, e ainda recentemente destacou a definição trazida pela Corte Interamericana, que tristemente já cuidou de tantos casos relativos a esse particularmente grave crime contra a humanidade.

Também no caso *Al Bashir* desenvolveram-se as discussões sobre imunidades de Chefes de Estado em relação à prática de crimes internacionais. O Tribunal, avançando entendimento anteriormente expresso de julgados da Corte Internacional de Justiça, assestou o entendimento de que não há imunidade de Chefes de Estado quando acusados da prática de crimes contra a paz.

Em outros casos, o Tribunal buscou perante as Câmaras do Tribunal da extinta Iugoslávia precedentes para delimitar e melhor definir o que seriam tratamentos desumanos ou degradantes. Os tribunais *ad hoc* também haviam recorrido a julgados da Corte Europeia para definir os contornos de tais tipos penais abertos.

No caso *Abu Garda*, a Câmara foi buscar em julgado das Salas Especiais de Sierra Leone a definição de missão de paz, e sua distinção de outros tipos de missões mistas, as primeiras a deter direito de especial proteção contra ataques.

No caso *Ongwen*, discute a Câmara de Julgamento a extensão da responsabilidade penal de acusado que, anteriormente, quando ainda menor de 15 anos, fora ilegalmente recrutado para participar das hostilidades, e prosseguiu como soldado a praticar crimes depois de sua maioridade. Discute-se ainda a aplicação das normas de proteção das Convenções de Genebra e dos Protocolos Adicionais a meninas que foram recrutadas ilicitamente para atuar em grupos armados, e que foram vítimas de abusos sexuais de toda ordem perpetrados por membros de seu próprio grupo. Vê-se assim que o diálogo transnacional entre distintos tribunais move a jurisprudência para frente, na incansável busca de acabar-se com a impunidade e dar-se às vítimas a devida reparação.

Especificamente no que toca à aplicação, pelo Tribunal Penal Internacional, de precedentes da Corte Interamericana, decidi então trazer, nesta ocasião, alguns exemplos notáveis dessa interação. Não poderia, no pouco espaço de tempo que me foi permitido, esgotar o exame de todos os precedentes existentes. Esta pesquisa é apenas exemplificativa, mas já demonstra o valor e a importância da jurisprudência da Corte Interamericana para a evolução do direito penal internacional, especialmente se temos em conta que o Tribunal Penal Internacional é ainda um tribunal jovem, com poucos casos julgados.

Começando pela matéria preliminar de qualquer caso de qualquer Tribunal, temos precedentes sobre questões relativas à competência e à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, em especial no recente caso de Myanmar, em que o princípio da “*compétence de la compétence*”, reconhecido em diversos casos da Corte Interamericana foram aplicados, foi aplicado. Ainda no caso de Myanmar, a Câmara lembrou precedentes da Corte Interamericana sobre a necessidade de a Promotoria buscar a verdade, em especial para garantia dos direitos das vítimas à verdade, ao acesso à justiça e à reparação.

Vários precedentes em relação à prisão temporária, ao prazo de detenção provisória, e ao conceito de julgamento em prazo razoável foram baseados em precedentes das

cortes de direitos humanos. No que toca à Corte Interamericana, vale citar como exemplo a decisão proferida no caso *Laurent Gbagbo e Blé Goudé*, segundo a qual “qualquer restrição à liberdade que não venha baseada numa motivação que permita a análise de sua legalidade será considerada arbitrária.

O caso lembra, nesse tópico, decisão da Corte Interamericana segundo a qual o perigo de fuga – afirmativa constante dos decretos de prisão temporária- diminui à medida em que esse tempo de detenção provisória se estende, em especial se tomar em conta a pena possivelmente aplicada ao tipo de crime sob julgamento.

No campo do direito à liberdade, nesse mesmo caso a Corte se pronunciou, transcrevendo julgado da Corte Interamericana:

“Não há dúvidas de que o estado tem o direito e o dever de garantir a segurança. É também indiscutível que todas as sociedades sofrem pelas deficiências de seus sistemas legais. No entanto, em que pese a gravidade de certas condutas e a culpabilidade de seus perpetradores, o poder do Estado não pode ser ilimitado, nem pode ele recorrer a quaisquer meios para alcançar seus fins. O Estado está sujeito à lei e à moralidade. O desrespeito à dignidade humana não pode servir de base de ação de nenhum Estado”.

Ainda quanto ao direito fundamental à liberdade, que só pode ser limitados e circunstâncias especiais no caso concreto assim o exijam, vale lembrar decisão proferida no caso *Bemba*, que se declara “guiada” pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos citando diversos de seus casos.

A necessidade de que a denúncia criminal contra um suspeito seja clara, completa, que permita ao acusado conhecer a natureza e o conteúdo das acusações que contra si pesam, e de que seja dado aos acusados prazo suficiente e razoável para prepararem sua defesa foi reconhecida, mais de uma vez, pelo Tribunal Penal Internacional, e precedentes da Corte Interamericana nesse sentido foram citados. No caso *Lubanga*, a Câmara transcreve parte de um *report* da Corte Interamericana num caso da Argentina (Caso 9850), dizendo que “como esta Corte já decidiu várias vezes em relação aos direitos previstos nos artigos 8(1) e 25(1) da Convenção, os princípios estabelecidos nesses artigos – o direito à proteção judicial e às garantias processuais – são considerados direitos fundamentais, por protegerem eles os indivíduos na sua complexa relação com o Estado. Assim, a aplicação desses princípios não pode ficar condenada a uma mera verificação formal dos requerimentos processuais.

No caso *Katanga*, a Câmara Preliminar fez um extenso exame sobre o conteúdo do princípio do julgamento justo, e para tanto debruçou-se sobre julgados da Corte Europeia e da Corte Interamericana. Adotou o conceito de que um julgamento justo também implica em que a defesa tem que ter a oportunidade de conhecer, examinar e comentar todas as provas contra ela produzidas. Assim, deve ter acesso amplo ao material probatório, e em tempo hábil, além de se lhe ser assegurado o direito a usar qualquer prova em seu favor, e não pode o acusado ser obrigado a testemunhar contra si mesmo.

Outro exemplo de interação entre decisões da Corte Interamericana e julgados do Tribunal Penal Internacional a respeito das garantias processuais asseguradas aos suspeitos e acusados são vistos em diversas decisões da Corte penal. Seria exaustivo trazê-las todas. Mas vale lembrar, a título exemplificativo, as referentes aos limites do direito à privacidade de pessoas detidas em centros de detenção, no caso *Katanga* a respeito da necessária assistência consular ao detido em país estrangeiro.

Na decisão condenatória de Germain Katanga, a Câmara examinou em profundidade o papel das presunções em matéria penal, em especial em relação à análise dos fatos de um determinado caso. Para tanto, valeu-se, entre outros argumentos, de decisão a Corte Interamericana proferida no caso *Velazquez Rodriguez c. Honduras*, em cujo parágrafo 130 determinou-se que a “presunção” em matéria penal pode ser usada como um dos meios pelo qual um tribunal pode chegar a conclusões mesmo na ausência de provas diretas num caso particular. São as presunções de fato, judiciais, ao contrário das presunções decorrentes da lei, como a presunção de inocência.

Em importante decisão no caso *Gbagbo e Blé Goudé*, a Câmara assim se expressou:

“Como bem notado pela Corte Interamericana de Direito Humanos, crimes contra a humanidade são intoleráveis aos olhos da comunidade internacional e ofendem a humanidade como um todo. O dano causado por esses crimes permanece na sociedade e na comunidade internacional, e ambos demandam que aqueles responsáveis sejam investigados e punidos. Nesse sentido, a Convenção sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade deixa claro que não se reconhecerá prescrição desses crimes, não importa a data em que foram cometidos”.

Chegamos agora à parte que, pessoalmente, considero a mais importante e a mais significativa da intensa e constante e necessária interação entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional: os direitos e garantias assegurados às vítimas das massivas violações de direitos fundamentais que, quase sempre, se equiparam a crimes contra a humanidade praticados de forma generalizada e sistemática contra a população civil, ou mesmo como crimes de guerra praticados em conflitos armados de caráter não internacional.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional estabelece o direito de as vítimas participarem dos atos processuais em momentos e na forma decidida pelos magistrados. Garante também o direito à reparação às vítimas diretas e indiretas que sofreram danos em consequência das condutas criminosas.

Reconhece, assim, preliminarmente, que vítimas têm direito à verdade, e têm direito a serem ouvidas. No caso *Lubanga*, extraído de tal situação, a mesma Câmara transcreve: “[...] O artigo 8(1) da Convenção Americana reconhece o direito dos familiares do Sr. Nicholas Blake em ver seu desaparecimento e morte devidamente investigado pelas autoridades da Guatemala, e de ver aqueles que foram responsáveis

devidamente processados por cometer esses atos ilegais; têm o direito de ver punições sendo aplicadas, e de serem indenizadas pelos danos e sofrimentos que suportaram”.

Logo numa de suas primeiras decisões a respeito da participação de vítimas durante mesmo a fase de investigação, a Câmara Preliminar, na Situação na República Democrática do Congo, decidiu pelo direito de estas participarem, trazendo à colação julgado da Corte Interamericana segundo o qual deve-se aplicar às vítimas os mesmos direitos assegurados no artigo 8(1) da Convenção Americana. O entendimento espousa o princípio de que as vítimas de violações de direitos humanos e seus familiares têm o direito de atuar durante os procedimentos de investigação e de confirmação das acusações, de ter os fatos devidamente esclarecidos e ver os perpetradores sendo processados, além de terem o direito à devida reparação. Têm assim o direito a participar da luta contra a impunidade.

A pioneira decisão no caso *Lubanga* a respeito de reparações é um marco no sistema de justiça penal internacional. Estabeleceu – sempre recorrendo à farta jurisprudência da Corte Interamericana de Direito Humanos – que na fase de exame da ação penal nem sempre é possível verificar-se com clareza e segurança todas as vítimas de uma determinada situação, e que isso, no entanto, não impede que venham na fase de reparações apresentar-se como tal. Estabeleceu ainda, seguidamente, que não só as vítimas diretas, mas também as vítimas indiretas têm o direito à reparação. Entre estas, pais e filhos, que sofrem a perda de seus entes queridos, e tal sofrimento é presumido da própria relação familiar e o dano psicológico que sofrem com a morte violenta destes. Além disso, trata das reparações por danos físicos, morais, não materiais, incluindo-se as oportunidades perdidas, como a perda da capacidade de trabalhar ou de gerar filhos. Trata como dano não material, igualmente, a perda da oportunidade de receber educação.

Na decisão *Katanga*, a segunda do TPI a tratar de reparações após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a Câmara elabora sobre quais categorias de parentes podem ser de imediato consideradas como vítimas indiretas: parentes próximos, parentes muito próximos, e parentes distantes, como decidido no Caso *Massacre de Plan de Sanchez c. Guatemala* (paras. 77 e seguintes) e no Caso *Massacre de Pueblo Bello c. Colombia* (paras. 254-257): a Câmara considera duas categorias de sofrimento decorrente da morte de parentes afetando diferentemente as vítimas: a morte de parentes próximos – esposas, pais, filhos, avós e netos) e a morte de parentes mais distantes, e determinou que o dano psicológico decorrente da morte de um parente próximo é fixado em uma quantia XX, e o dano psicológico decorrente da morte de um parente distante deve ser fixado na metade daquela. Quando é difícil estabelecer uma quantia certa para indenizar o dano psicológico, entende-se justo encontrar-se um balance entre perdas materiais e não materiais.

Outro interessante precedente da Corte Interamericana citada pelo Tribunal Penal Internacional está na decisão *Lubanga* já antes mencionada, na qual a Câmara de Apelações adota o entendimento daquela Corte no sentido de adotar um critério flexível na de-

terminação de quem tenha sofrido danos decorrentes da perda de um ente querido. Para tanto, cita e transcreve trecho de importante decisão segundo a qual “[...] a Corte concedeu reparações a membros da família de um jovem vítima de brutalidade policial não apenas tendo em conta a profunda depressão dos familiares, decorrente também da perda que tiveram da possibilidade de conviver com seu ente querido, mas também em relação ao sofrimento causado pela impunidade, que causou e continua causando sofrimento a essa família, que se vê vulnerável e impotente em frente ao Estado”. Quanto às modalidades de reparação, a decisão *Lubanga* adota, quase em sua totalidade, a jurisprudência da Corte Interamericana, no sentido de que são possíveis as reparações individuais – que no caso devem resultar, na medida do possível, na condição das vítimas antes dos fatos terem ocorrido, ter-se em consideração a idade, gênero e condição particular de cada vítima, facilitar a reabilitação das vítimas e sua reintegração às suas famílias e comunidades. Casos reiterados de reparações individuais foram reconhecidos em relação a vítimas mantidas indevidamente em cárceres, privadas de sua liberdade.

Sobre reparações coletivas, a decisão *Katanga* discorreu longamente sobre tal modalidade, tendo por base, em especial, a decisão no caso do *Massacre de Plan de Sanchez c. Guatemala*, na medida em que reparações podem ser concedidas a coletividades quando estas conviveram com massacres massivos, ocorrendo vitimização massiva e coletiva.

Também no caso *Gbagbo e Blé Goudé* a Corte analisou a questão das reparações individuais e coletivas, estabelecendo que, em casos de criminalidade massiva, muitas vezes as reparações coletivas são mais justas e adequadas. Transcreve em nota de rodapé parte de julgados da Corte Interamericana em que os Estados foram chamados à responsabilidade de assistir na identificação das vítimas e de seus familiares e mesmo de estabelecer mecanismos internos para tal mister.

Na Situação do Burundi, a Câmara Preliminar reitera, ainda uma vez mais, o direito à reparação de vítimas por danos emocionais, além dos danos físicos. Também os danos causados pela destruição de bens e da herança cultural de uma comunidade hão de ser reconhecidos e reparados.

Em resumo: tendo-se em vista a triste similaridade entre os casos de violações massivas de direitos humanos examinados pela Corte Interamericana, e os crimes massivos julgados perante o Tribunal Penal Internacional, é certo que as questões mais relevantes que unem a jurisprudência dessa duas Cortes são exatamente as expedidas em relação ao direito à reparação às vítimas, já consagrado no Direito Internacional. Ambas as Cortes, quanto a esse tema, caminham lado a lado, sendo que os precedentes da Corte de Direitos Humanos têm sido a fonte primária de busca das melhores soluções a serem aplicadas aos casos concretos pela nova Corte Penal.

Obrigada.

IMPRESCRITIBILIDADE E OBRIGAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE – A VISÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Bruno Henrique Miniuchi Pellizzari

Débora Maliki Menaged

Flávio De Leão Bastos Pereira

RESUMO: Este artigo analisa o surgimento e a evolução da ideia de crime contra a humanidade e sua indissociável relação com os direitos humanos, que por sua vez, possuem vias distintas de evolução. A positivação e normatização feita pelos Tribunais Internacionais Criminais de Nuremberg e do Extremo Oriente resultaram em importante jurisprudência, permitindo assim uma melhor definição desse tipo de crime. Visto a insuficiência das ordens jurídicas nacionais para o tratamento de grave violação aos direitos humanos por parte dos Estados. Aborda também os debates em torno de sua imprescritibilidade e a obrigação de investigação de seu cometimento. Concluindo que a imprescritibilidade está fundamentada no costume internacional, formalizada em Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas. Estando a obrigação de proceder à investigação, punição e reparação fundamentada em *jus cogens*, conforme decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tornando-se o Estado brasileiro obrigado a investigar e punir crimes contra a humanidade.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes contra a humanidade. Genocídio. Direitos Humanos. Direito Penal Internacional. Justiça de transição.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A tutela dos direitos humanos por meio do reconhecimento do crime contra a humanidade: da dramaticidade histórica à normatização; 3. O crime contra a humanidade e sua conexão com os direitos humanos; 4. A imprescritibilidade do crime contra a humanidade e a corte interamericana de direitos humanos; 4.1 Crimes lesa-humanidade: obrigatoriedade de investigação e punição; 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

“O importante não é ver o que ninguém nunca viu, mas sim, pensar o que ninguém nunca pensou sobre algo que todo mundo vê”. (Arthur Schopenhauer)

Ao abordarmos o tema referente à imprescritibilidade e reconhecimento dos crimes contra a humanidade pelos Estado soberanos, especialmente o Brasil, além de sua gênese e evolução, buscamos identificar e compreender eventual vínculo entre tal crime internacional e a inafastável violação dos direitos humanos, quando de seu cometimento.

Assim, por razões de ordem metodológica, dita análise implica necessariamente na consideração ao desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, uma vez que estes resultam das experiências traumáticas vividas pela humanidade, geradoras, pois, de distintas vias evolutivas e de aperfeiçoamento.

Como enfatizado, a experiência humana vem moldando o próprio direito internacional dos direitos humanos ao longo dos séculos. Partindo de um recorte histórico-temporal localizado na primeira metade do século XX, optou-se pela definição inicial dos crimes contra a humanidade tal como plasmada pela perseguição e extermínio das minorias cristãs, em especial o povo armênio, pelo Império Otomano e durante o curso da primeira guerra mundial, quando a expressão *crime contra a humanidade* surge a partir das críticas dos países componentes da Tríplice Entente (*Triple Entente*) para alertar ao Império Otomano no sentido de fazer cessar o genocídio, porém, sem conteúdo jurídico até então.

Embora inicialmente referido termo não tenha sido concebido com o objetivo de se estabelecer um tipo penal internacional, marcou de modo significativo o processo de amadurecimento que levaria tal crime a ser juridicizado já pelos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e para o Extremo-Oriente (Tribunal de Tokyo). Em virtude, portanto, de ataques, perseguições, torturas, escravização, experiências médicas cruéis e extermínios generalizados e, acima de tudo, sistemáticos lançados contra civis, referidos crimes não mais poderiam permanecer impunes.

Inaugurada uma nova era com a reconstrução de uma Europa e de nações do pacífico devastadas pelo grande conflito, a celeridade que marcou novas perspectivas para o direito internacional dos direitos humanos e também do direito humanitário foi paralelamente acompanhada pela intensificação da guerra fria que dividiu o globo em duas esferas de influência: sob os Estados-Unidos capitalista e, ao leste, sob a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, comunista. Tal período, caracterizado pela polarização político-econômica, ao que se soma um cenário de guerras de libertação coloniais, como no caso da Guerra da Argélia (Revolução Argelina, 1954-1962), favoreceu o desenvolvimento de dinâmicas de opressão e de terrorismo de Estado em ambos os blocos.

Desaparecimentos forçados, torturas cometidas em centros clandestinos de detenção, assassinatos, cerceamento das liberdades civis e garantias fundamentais, dentre outros crimes e também cometidos de forma sistemática e generalizada provocaram a percepção de que também nestes casos estavam presentes os elementos caracterizadores de condutas típicas dos crimes contra a humanidade. Na realidade, a própria experiência dos regimes nazista e stalinista serviram de inspiração a tais dinâmicas próprias de estados de exceção.

O trauma causado pela segunda grande guerra revelou-se fator para a sedimentação e amadurecimento de estruturas internacionais que visam a normatização dos crimes contra a humanidade, especialmente por meio de resoluções da *Organização das Nações Unidas*, pelos sistemas regionais e por meio das convenções internacionais.

O desafio para entidades internacionais e comunitárias, contudo, diante da nova realidade marcada pelas ditaduras e pelos extermínios por motivações políticas, seria

identificar quais instrumentos poderiam ser postos a serviço da defesa da dignidade da pessoa humana constantemente violada pelos regimes mais radicalizados, sem que um cenário de guerra extrafronteiras conflagrado, existisse. Afinal, direitos fundamentais civis, políticos, sociais e difusos, reconhecidos a partir dos séculos XVII e XVIII, com as declarações de direitos na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França e perpassando o século XX com as Constituições do México de 1917 e de Weimar, em 1919, passavam a ser novamente violados de modo sistemático, v.g., a extinção do *Habeas Corpus* por motivações políticas, conforme determinado pelo Ato Institucional nº5 no Brasil, de 13 de dezembro de 1968.

A conscientização imposta pela experiência das duas grandes guerras que ditaram o curso do século XX favoreceu relevantes resultados no plano do direito internacional dos direitos humanos, tais como a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948), a *Convenção para Prevenção e Punição ao Crime de Genocídio* (1948), a *Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados* (1951) e as *convenções de 1949 sobre Direito Internacional Humanitário*. Porém, tais avanços não se mostraram suficientes para evitar novos cenários de violações. Neste sentido, desponta a importância dos sistemas regionais de tutela dos direitos humanos, especialmente o europeu, o interamericano e o africano.

No caso do sistema interamericano de direitos humanos, suas origens antecedem mesmo o sistema de Nova York (ONU), na medida em que situado no âmbito da *Organização dos Estados Americanos* (OEA) e que deita raízes ainda no século XIX. Com a criação da *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* em 1959, aprovação do *Pacto Interamericano de Direitos Humanos* de San Jose da Costa Rica em 1969 e início dos trabalhos da *Corte Interamericana de Direitos Humanos* em 1979.

Os direitos humanos passaram a contar com importante bastião internacional para sua tutela, na medida em que tais direitos contavam, a partir de então, com reconhecidas estruturas normativas e judiciárias às quais as sociedades civis dos países signatários do Pacto Interamericano, desde então, não mais deixaram de submeter a tal jurisdição as inúmeras e variadas violações de direitos humanos cometidas por seus respectivos Estados, em todas as suas dimensões (civis, políticas, sociais, difusas e coletivas).

É sob tal cenário que também os crimes contra a humanidade passaram a ser considerados e analisados, isto é, sob o contexto das ditaduras e dos crimes lesa-humanidade cometidos por seus agentes. Daí a importância da discussão sobre a imprescritibilidade e o reconhecimento de tal delito internacional, especialmente a partir de uma perspectiva do *jus cogens*.

Decisões relevantes proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos legam aos povos americanos importantes mensagens em favor da pessoa humana e dos regimes democráticos, dentre as quais podemos mencionar os casos apontados acima, como *Almonacid Arellano e outros c. Chile*; *Gomes Lund e outros c. Brasil*; *Wladimir Herzog*

c. *Brasil* e pelos quais chancelou-se a determinação, com fundamento até mesmo civilizacional, de que crimes contra a humanidade não prescrevem; devem ser investigados e seus responsáveis punidos; e, finalmente, de que atos normativos e ações políticas no âmbito dos Estados nacionais que evitem tais providências, não são válidos, ao olhar da comunidade internacional.

Os crimes contra a humanidade constituem um dos mais graves delitos a ofender a consciência e os valores humanos. Daí a importância de sua compreensão e identificação dos fatores que levam as sociedades humanas a cometê-los, bem como dos legados oriundos das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para as Américas e para o mundo.

Além da realização da própria justiça, suas decisões contêm, ainda, uma função nobre e imprescindível: estabelecem a memória de fatos históricos sob os quais valores caros à civilização foram violados e destruídos. Assim, não podem ser negados ou esquecidos. Suas decisões devem ser sempre refletidas, lembradas, ensinadas e jamais esquecidas.

2. A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS POR MEIO DO RECONHECIMENTO DO CRIME CONTRA A HUMANIDADE: DA DRAMATICIDADE HISTÓRICA À NORMATIZAÇÃO.

Afirmou Hannah Arendt em sua obra denominada “O Que é Política?” que “Os homens se organizam politicamente para certas coisas em comum, essenciais num caos absoluto, ou a partir do caos absoluto das diferenças”. (ARENDDT, 2002).

Dita reflexão a partir do pensamento Arendtiano bem pode ser utilizada para melhor compreensão do surgimento e evolução da ideia de crime contra a humanidade e sua indissociável relação com os direitos humanos e que será em tempos posteriores analisada, debatida, contextualizada e finalmente abalizada pelo sistema interamericano de direitos humanos, estrutura componente da Organização dos Estados Americanos (OEA) que, a partir de tal cotejo, lançará luzes sobre a realidade humanitária nas Américas a partir da constatação de violações tipificadoras de crimes contra a humanidade no continente.

Ainda mais, os debates em torno de sua imprescritibilidade marcarão com especial relevância a consagração de importantes precedentes em torno do tema, objeto principal da análise ora proposta.

De fato, a origem do termo *crime contra a humanidade* nasce sob a dramaticidade de momentos históricos marcados pelo extermínio das minorias cristãs, especialmente o povo armênio, pelo Império Otomano, planejado e arquitetado pela *Sublime Porta*¹⁹⁷, sob o governo dos *jovens turcos* (coalizão política no seio do Império Otomano com o

197 Conforme explica Heitor de Andrade Carvalho Loureiro, “...*Sublime Porta* (em turco *Bab-i Ali*) ou simplesmente *Porta* são nomes usados para se referir ao governo do Império Otomano, assim como nos referimos por vezes ao governo dos EUA como *Casa Branca* ou ao governo russo como *Kremlin*.”. (LOUREIRO, 2013).

objetivo de reforma do Estado) para fortalecimento de um Império então em decadência, bem como durante o período de transcurso da primeira guerra mundial, resultando no massacre de cerca de um milhão e meio de armênios entre os anos de 1915 e 1923, naquele que é considerado por muitos o primeiro *genocídio* do século XX cometido por um Estado contra seus próprios cidadãos, embora não reconhecido até os dias de hoje, pelo Estado turco.

Nesse sentido, a intensificação de relatos e denúncias sobre referido extermínio, à época, especialmente por conta do trabalho de jornalistas presentes na Anatólia e, também, por força da atuação do Embaixador norte-americano Henry Morgenthau que pressionava o governo dos jovens turcos a fazer cessar o extermínio, além de diariamente informar Washington acerca do genocídio, resultaram em diversas manifestações do governo norte-americano junto aos otomanos no mesmo sentido, ou seja, que cessassem os massacres.

E foi exatamente por ocasião de uma das referidas manifestações consistente em telegrama encaminhado pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos da América e aliados, datado de 29 de maio de 1915, que foi alertado ao Império Otomano que novos “crimes contra a humanidade” cometidos contra os armênios levariam à responsabilização pessoal dos responsáveis pelos massacres.

Referida manifestação resultou especialmente de despacho do então Embaixador norte-americano na França, Sharp, encaminhado ao Secretário de Estados dos Estados Unidos da América, Bryan, em 28 de maio de 1915¹⁹⁸.

Muito embora a expressão não resultasse de qualquer intenção em se estabelecer um *delito* internacional por parte dos aliados que a firmaram em conjunto, não deixava contudo de significar o avanço de um processo gradativo de reconhecimento da necessidade de que extermínios cometidos por Estados na esfera internacional, vitimando civis de forma generalizada e sistemática, não poderiam ficar impunes e deveriam ser tipificados como crimes internacionais para responsabilização de seus perpetradores, processo tal que somente encontraria seu ápice com a realização dos julgamentos pelos Tribunais Internacionais Criminais de Nuremberg e do Extremo-Oriente (Tribunal de Tokyo), como se verá mais adiante.

Também traduzia avanço marcante na proteção dos direitos humanos no plano global, por meio de um conjunto de visões que, no futuro breve, daria consistência ao direito penal internacional, atualmente importante instrumento para tutela dos direitos da pessoa humana, reforçando um movimento em direção à proteção do indivíduo na esfera internacional já iniciado antes com a edição das Leis de Genebra e de Haia, um conjunto de quatro convenções aprovadas a partir de 1864, renovadas em 1949, confir-

198 Papers Relating to the Foreign Relations of the United States, 1915, Supplement (Washington: US Government Printing Office, 1928), 981.

mando o direito humanitário como uma das vias originais de concretização dos direitos humanos no mundo.

Deve-se ainda ressaltar que a expressão “crimes contra a humanidade” decorre de proposta inicial do Ministro das Relações Exteriores da Rússia, Sazonov, que sugeriu um protesto formal diante do Império Otomano, por conta do extermínio do povo armênio, com a utilização da expressão “crimes contra a Cristandade e Civilização” e, que posteriormente teria sido alvo de crítica por parte do Ministro das Relações Exteriores da França, Delcassé, que alertou para o risco de que a expressão “crimes contra a Cristandade” poderia provocar uma reação negativa por parte das populações muçulmanas que habitavam as colônias francesas e britânicas, diante de sua exclusão, conduzindo-os à percepção de que estariam sendo discriminados, pelo que se optou pela expressão “crimes contra a humanidade” (CASSESE, 2003, p.67).

Fato é, portanto, que a constante percepção de que os processos sistemáticos e generalizados de massacres de populações civis comumente praticadas durante guerras promovidas pelos Estados, até então seguidas, geralmente, pela impunidade, não poderiam mais ser aceitos sem que os responsáveis fossem punidos.

Na verdade, importante fundamentos a impulsionar tal percepção repousa sobre a ineficácia dos instrumentos legais vigentes sob as ordens jurídicas nacionais para enfrentamento do problema. Vale dizer: crimes graves ofensores da consciência humana e das balizas de *jus cogens* não poderiam mais permanecer sem o devido enfrentamento.

Neste sentido, podemos afirmar que a partir deste momento histórico os Estados passaram a ser todos considerados titulares de tal interesse jurídico em tutelar a vida humana e responsabilizar indivíduos no plano internacional por crimes de tal gravidade. Como explica JANKOV (2009, p.53):

[...] A racionalidade dessa categoria de obrigações segundo a Corte Internacional de Justiça fundamenta-se na ‘noção da importância dos direitos envolvidos, segundo a qual todos os Estados podem ser considerados como portadores de interesse jurídico na sua proteção’...Assim, como as obrigações *erga omnes*, os crimes internacionais recebem essa designação, pois os atos que sancionam são considerados de tal importância para a comunidade internacional que, ao serem cometidos, geram a responsabilidade individual [...].

Assim como a dolorosa experiência humana por conta dos conflitos armados internacionais gerou um movimento de conscientização que, já ao final do século XIX levou as primeiras normas de direito humanitário para proteção de combatentes na terra e no mar a partir das ações encetadas pelo médico suíço Henry Dunant, especialmente com a criação da Cruz Vermelha Internacional por sua iniciativa após ter testemunhado a terrível Batalha de Solferino (batalha ocorrida por força do processo de unificação da Itália, no norte do país, em 24 de junho de 1859), um novo processo de conscientização passava a ganhar força após o genocídio do povo armênio.

Referido processo resultaria décadas mais adiante na normatização de um direito penal internacional e na criação de Cortes criminais internacionais, *ad hoc* e permanente (Tribunal Penal Internacional) e, por via de consequência, impondo o fortalecimento dos direitos humanos que influenciaria o desenvolvimento dos sistemas global e regionais protetivos do indivíduo no plano internacional. Daí a relação com o sistema interamericano que produzirá importantes referenciais e precedentes em relação ao crime contra a humanidade também cometido em tempos de paz, evolução que se verificará lentamente a partir de 1945. Como explica JONES (2011, p.533):

[...] Leipzig, Constantinopla, Nuremberg, Tóquio – a visão sobre os tribunais por crimes de guerra e crimes contra a humanidade refletia a crescente institucionalização e codificação de instrumentos humanitários durante a segunda metade do século XIX. Isso ficou evidente nos esforços formativos de Henri Dunant e seu Comitê Internacional da Cruz Vermelha, fundado em 1864. A Cruz Vermelha foi uma instituição pioneira na abordagem do sofrimento que ofende a consciência humana. Os líderes também estavam se conscientizando sobre os “crimes contra a humanidade” [...].

À medida em que foi constatada a inexistência ou a ineficácia de soluções jurídicas adequadas, diante de formulações jurídicas ultrapassadas ou que eram utilizadas segundo a conveniência de Estados que organizavam e cometiam os crimes mais graves a ofender a consciência humana, novas concepções foram embasadas e desenvolvidas para lidar com o problema, que seria agravado com o desenvolvimento da tecnologia bélica no mundo, fator e causa para o escalonamento de vítimas nos conflitos armados, especialmente civis não-combatentes, o que já era objeto de tutela pelos delitos previstos como crimes de guerra.

A polarização do mundo ocorrida no período que se seguiu ao final da segunda guerra mundial (guerra fria) também faria gerar um novo fenômeno: ataques sistemáticos contra as próprias populações por regimes ditatoriais e racistas, como no caso das ditaduras nas Américas do Sul e Central (a partir da década de 60) e do Apartheid, na África do Sul, regime de segregação racial oficializado a partir de 1948 com a chegada ao Poder do Novo Partido Nacional (NNP) e que duraria até 1992. Explica ZILLI (2014, p.532/533):

[...] A gravidade e a dimensão das violências praticadas não eram captadas pelas formas jurídicas tradicionais e, portanto, não encontravam eco nos padrões morais usuais. Ademais, em muitos casos as violências eram estimuladas, senão protagonizadas, pelo próprio Estado que, para tanto, estabelecia um complexo aparato organizado de poder. Alimentadas pela intolerância, estas estruturas executavam políticas de perseguição, de aniquilamento e de extermínio. Esta conjugação de fatores leva à construção de novas categorias jurídicas que procuram dar conta dos novos acontecimentos. A construção jurídico-penal do genocídio é o exemplo mais notório [...].

Referido processo histórico-político-jurídico logo viabilizaria a sedimentação e o amadurecimento das estruturas internacionais e, em muitos casos, regionais, para a nor-

matização do crime contra a humanidade por meio de resoluções da Organização das Nações Unidas (ONU) e, por meio de convenções internacionais. Passariam a tipificar crimes contra a humanidade, no dizer de CASSESSE (2003, p.64), as ações protagonizadas pelos Estados e que consistissem em:

- a. ofensas particularmente odiosas;
- b. sérios ataques à dignidade humana;
- c. graves humilhações ou degradações de um ou mais seres-humanos;
- d. política governamental ou conjunto de atrocidades sistemáticas, massivas, consentidas e toleradas por um governo ou autoridade de fato;
- e. condutas proibidas e punidas tanto em períodos de guerra, como em tempos de paz;
- f. vítimas civis ou mesmo militares que não tenham participado de combates ou, ainda, que não mais participem das hostilidades.

Assim, referida evolução atingiu patamares mais sofisticados no bojo da evolução que marcou o direito internacional dos direitos humanos e do direito penal internacional, diálogo inafastável para uma compreensão holística dos sistemas internacionais e universais tuteladores do ser humano no plano global, como se verá a seguir.

3. O CRIME CONTRA A HUMANIDADE E SUA CONEXÃO COM OS DIREITOS HUMANOS.

Ao se estudar os crimes contra a humanidade, há a intrínseca relação de seu cometimento com a violação de direitos humanos. Em virtude disso, analisaremos o surgimento e desenvolvimento dos direitos humanos, que possuem vias distintas de evolução.

O surgimento dos direitos humanos comumente é associado com o surgimento do Estado de Direito, entretanto, alguns autores, como Rogério Taiair (2009, p. 132), destacam que as antigas civilizações, mesmo não possuindo legislações, “de algum modo e na medida permitida pelas formas rudimentares de instituições locais, bem como pelo costume, privilegiaram a pessoa humana”.

Nessa linha, Rogério Gesta Leal (1997, p. 20) expõe que “as origens mais antigas dos direitos fundamentais da pessoa humana se encontram nos primórdios da civilização”, sendo representada pelas concepções construídas pelos hebreus, pelos gregos e pelo cristianismo. Importante destaque é registrado por Fabio Konder Comparato, ao localizar as origens da visão da igualdade essencial entre os seres humanos no período axial da história (*Achsenzeit*), ou seja, no período situado entre os séculos VIII e II a.C., período que constituiria na lição de Karl Jaspers, o eixo histórico da humanidade.

Ressaltando a riqueza humana e iluminada do pensamento brotado à época, Comparato exemplifica a contemporaneidade de vida entre pensadores como Zaratus-

tra, na Pérsia; Buda, na Índia; Lao-Tsé e Confúcio, na China; Pitágoras, na Grécia e Dêutero-Isaías, em Israel, todos mestres que de alguma forma contribuíram com suas visões, entre 600 e 480 a.C., para o abandono das referências mitológicas e respectiva construção de princípios válidos até os dias atuais, processo impulsionado pelo surgimento das leis escritas e impostas a todos (COMPARATO, 2013, p.20/24).

Ainda em relação às discussões acerca da origem remota dos direitos humanos, importante destacar o famoso *Cilindro de Ciro* (datado de 539 a.C., descoberto em 1879 nas ruínas da Babilônia, Mesopotâmia, atual Iraque, por expedição patrocinada pelos britânicos). Neste sentido:

[...] O Cilindro de Ciro, de 539 a. C., é considerado para muitos historiadores o primeiro tratado de Direitos do Homem. O texto escrito pelo rei da Pérsia e gravado em um cilindro de barro após a conquista da Babilônia, presume-se que seja representativo da tradição mesopotâmica de valorização do rei justo. O caráter humanitário desse documento está evidenciado no decreto que o rei Ciro II autoriza os exilados a voltarem às suas terras de origem. Atualmente, o Cilindro de Ciro é objeto de demanda entre o *British Museum*, em Londres, local onde se encontra exposto, e o Irã, país que considera o documento parte de sua herança cultural [...] (GUIMARÃES, 2010)

Entretanto, Taiar (2009, p. 146) ressalta que mesmo não havendo um reconhecimento greco-romano dos direitos humanos, foram construídas na época, bases doutrinárias de liberdades fundamentais. Seus filósofos, sustentados pelo direito natural, no entanto, não lograram êxito em “transformar seus postulados em correspondentes princípios de organização política”.

José Soder (1960, p. 27) já defende que “a compreensão para os direitos do ser humano surgiu, na organização política, após o aparecimento do cristianismo”. O autor ainda argumenta que o cristianismo, por sua concepção transcendental da dignidade humana, conduziu o surgimento das modernas declarações dos direitos. A dignidade da pessoa humana e a fraternidade universal seriam os aspectos fundamentais da influência do cristianismo na evolução dos direitos humanos (TAIAR, 2009, p. 147).

Discordâncias doutrinárias afloram fatos que levariam à negação da existência de direitos humanos durante o cristianismo medieval, como o reconhecimento da instituição da escravatura e a falta de liberdade religiosa (SODER, 1960, p. 33). Esses fatos são apontados como as principais razões pela qual é necessária uma cuidadosa análise da influência do cristianismo na evolução dos direitos humanos.

É no mínimo duvidosa a tentativa de reunir citações de textos que remontam ao alvorecer da história escrita da humanidade ou às escrituras sagradas das principais religiões, ou mesmo coligar citações de textos dos grandes filósofos e teóricos da sociedade, para demonstrar que os direitos humanos sempre foram reconhecidos ou reclamados. As exigências das ciências históricas e sociológicas (inclusive a história e a sociologia das religiões) precatam-nos contra esse tipo de apologia ou interpretação seletiva. Se formos, no

entanto, muito prudentes quanto às conclusões a serem tiradas, poderemos procurar em origens mais longínquas os elementos duráveis e presentes atualmente nos grandes sistemas de pensamento que expressam os valores fundamentais da noção atual dos direitos do homem (MBAYA, 1997, p. 22).

A noção de um juiz acima do rei surge por volta do século XIII e se apresenta como resistência ativa aos poderes do Estado. Para que esse direito de resistência fosse efetivamente empregado, foi necessário à sua positivação legal, por meio de um documento escrito que trouxesse obrigações ao soberano, durante o exercício de suas atividades e a garantia de direitos e liberdades aos súditos (TAIAR, 2009, p. 152).

Esses direitos, até então lastreados no direito natural e no direito consuetudinário e não formalizados, fizeram com que esse processo de positivação legal levassem a moderna tutela constitucional dos direitos humanos. A *Magna Charta Libertatum* é o documento medieval que é citado como maior exemplo dessa prática de transformação da tradição costumeira em documentos jurídicos. É um dos documentos mais antigos que aborda os direitos humanos, exercendo influência em diversos documentos posteriores, reconhecendo os direitos humanos (TAIAR, 2009, p. 152).

A Magna Carta foi outorgada em *Runnymede*, na Inglaterra, pelo rei João Sem Terra, no ano 1215 e foi tornada definitiva pelo rei Henrique III em 1225 (TURNER, 2003). É caracterizada por ser um pacto entre o rei e seus vinte e cinco barões, considerada por Taiar (2009, p. 153) como “uma verdadeira declaração de direitos, reconhecida como o primeiro capítulo histórico-legislativo de um longo processo que levaria ao surgimento do constitucionalismo”.

Essa afirmação de direitos, feita em caráter geral e obrigando o rei da Inglaterra no seu relacionamento com os súditos, representou um avanço, tendo fixado alguns princípios que iriam ganhar amplo desenvolvimento, obtendo a consagração universal. Assim, por exemplo, o artigo 39 da Constituição inglesa, considerada um dos mais expressivos em termos de afirmação geral de direitos, dispunha o seguinte: “nenhum ser humano livre poderá ser detido ou mantido preso, privado de seus bens, posto fora da lei ou banido, ou de qualquer maneira molestado, e não procederemos contra ele e nem o faremos vir, a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra”. E na própria Inglaterra, no século XVII, ocorreriam várias reafirmações de direitos, sempre em detrimento do monarca e a favor de seus súditos, mas através de preceitos gerais, que iriam servir de exemplo e estímulo para a criação de uma concepção geral de direitos fundamentais, invioláveis pelo governo ou mesmo pela própria lei (DALLARI, 1993, p. 174-175).

As principais garantias da Magna Carta, segundo Alexandre de Moraes (1998, p. 25-26) eram a da liberdade da Igreja da Inglaterra, a justiça pública, a proporcionalidade entre delito e sanção, o devido processo legal, o livre acesso à Justiça e a liberdade de locomoção.

A solidificação de instrumentos que visam a proteção de direitos humanos se dará nos séculos XVII e XVIII, com as declarações de direitos redigidas na Inglaterra, nos

Estados Unidos e na França (MBAYA, 1997, p. 20). De acordo com Genevois (2020), a ideia de um direito fundamental a todos os cidadãos ingleses surge com a *Petition of Rights*, elaborada por Lord Edward Coke, em 1628. Mas o documento mais importante só surge muitos anos depois, em 1689. A *Bill of Rights*, sendo este o documento que “fortaleceu e definiu as atribuições legislativas do Parlamento frente à Coroa e proclamou a liberdade da eleição dos membros do Parlamento, consagrando algumas garantias individuais”.

Taiar (2009, p. 163) expõe que a primeira declaração de direitos efetiva só vai surgir na América, na colônia inglesa da Virgínia, no ano de 1776, com a publicação da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia. Aborda, entre outras disposições, a liberdade, o direito à vida, a felicidade e a seguridade.

O autor ainda esclarece que o primeiro dispositivo “vincula-se à igualdade jurídica, como garantia da liberdade e independência do indivíduo e o entendimento da dignidade da pessoa humana, teoria desenvolvida por Emmanuel Kant e outras correntes filosóficas da época”.

A exemplo da colônia da Virgínia, “outras colônias americanas aprovaram declarações semelhantes, mantendo a mesma linha fundamental” (DALLARI, 1993, p. 176). Entretanto, essas declarações não foram suficientes para alcançar os anseios dos colonos, que foram prejudicados em virtude das investidas da Inglaterra. Resultando na declaração de independência dos Estados Unidos.

Apesar do direito conquistando pelas colônias inglesas de se autogovernar, e do dever assumido de se tornarem autossuficientes, a Inglaterra permaneceu impondo sucessivas e crescentes restrições à vida econômica das suas colônias, por meio de excessivas taxas sobre o comércio exterior, fomentou-se nos colonos um forte espírito de desobediência e insubordinação, situação que desencadeou uma revolução burguesa das treze colônias norte-americanas, que unidas e ansiosas pela libertação, proclamam a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04 de julho de 1776, também conhecida como “Declaração da Filadélfia” (TAIAR, 2009, p. 165).

Nela, são expostas as razões fundamentais que levaram à independência norte-americana: “todos os homens foram criados iguais. Os direitos fundamentais foram conferidos pelo Criador; entre eles estão o da vida, da liberdade e o da procura da própria felicidade”. Assim, “sempre que qualquer forma de governo tenta destruir esses direitos, assiste ao povo o direito de mudá-lo ou aboli-lo e de instituir um novo governo” (EUA, 1776).

Essas declarações de direitos norte-americanas, em conjunto com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, fruto da Revolução Francesa, e da percepção de que os direitos naturais prévios ao poder limitam o poder absoluto dos governantes, configuram-se como “a premissa histórica dos direitos fundamentais” (TAIAR, 2009, p. 167).

Genevois (2020) nos traz que a Revolução Francesa de 1789, baseada nos princípios universais de liberdade, igualdade e fraternidade, cria um documento que traz modificações para toda a sociedade francesa, em especial aos direitos políticos e sociais. Esse documento é considerado de grande importância em virtude de se tornar a base dos direitos humanos contemporâneos. Resultou dessa revolução a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que inova em dispor que o Estado deve ser garantidor dos direitos humanos. Ainda mais, referido documento significou relevante avanço na percepção do indivíduo sob uma perspectiva mais ampla e universal, em relação aos documentos anteriores, acima mencionados. Neste sentido:

[...] A cronologia básica da extensão dos direitos é mais fácil de seguir na França, porque os direitos políticos eram definidos pela legislatura nacional, enquanto nos novos Estados Unidos tais direitos eram regulados pelos estados individuais. Na semana de 20-27 de outubro de 1789, os deputados aprovaram uma série de decretos estabelecendo as condições de elegibilidade para votar: (1) ser francês ou ter se tornado francês por meio de naturalização; (2) ter atingido a maioridade, estabelecida então em 25 anos; (3) ter residido na zona eleitoral ao menos por um ano; (4) pagar impostos diretos num cômputo igual ao valor local de três dias de trabalho (um cômputo mais elevado era exigido no caso da elegibilidade para ocupar cargos); (5) não ser criado doméstico. Os deputados nada diziam sobre religião, raça ou sexo ao estabelecer esses requisitos, embora fosse claramente pressuposto que as mulheres e os escravos estavam excluídos. [...] (HUNT, 2009, p.149).

Em relação às mulheres, importante ressaltar a contestação ao patriarcado expresso na referida Declaração de 1789, por parte da dramaturga, abolicionista e feminista francesa Olympe de Gouges (pseudônimo de Marie Gouze) e que, sempre por adotar uma postura de liderança intelectual e contestadora da opressão às mulheres à época, após denunciada pela republicana Françoise-Modeste, acaba por ser guilhotinada em 1793. Dentre várias obras produzidas, é considerada sua obra máxima a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã (1791) (CUTRUFELLI, 2009).

Após essa importante declaração, ocorre uma conscientização acerca da proteção judicial para esses direitos (BONAVIDES, 2001, p. 562), sendo seguida por diversas outras declarações de direitos, a exemplo das francesas de 1793, 1795, 1814 e 1848, que tinham como base os princípios da primeira (DALLARI, 1993, p. 177). Após esse período de positivações, o final da Segunda Guerra Mundial reativa essas discussões, fazendo surgir a necessidade de uma nova declaração de direitos.

Passado o trauma da segunda Guerra Mundial, houve um novo momento “idealista” e ao mesmo tempo “liberal” tentando prover a humanidade de uma institucionalidade e um marco legal que limitasse o poder altamente destrutivo e discricionário dos modernos estados nacionais, com relação às suas populações civis (CARNEIRO, 2012, p. 118).

Ainda segundo Carneiro (2012, p. 118) são resultados desse momento a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção para Prevenção e Punição ao

Crime de Genocídio (1948), a Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados (1951) e as convenções de 1949 sobre Direito Internacional Humanitário.

Entre esses documentos, o que apresenta maior relevância é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, após histórico trabalho desenvolvido pela comissão responsável composta pelas mentes que conceberam seu texto, quais sejam, Alexandre Bogomolov (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas), Charles Dukes (Reino Unido), Charles Malik (Líbano), Eleanor Roosevelt (Estados Unidos da América), Hernan Santa Cruz (Chile), John P. Humphrey (Canada), Peng-chun Chang (China), René Cassin (França) e William Hodgson (Australia) (*United Nations*). Essa declaração “representa um importante instrumento de consciência coletiva visando diminuir as desigualdades sociais entre os povos” (TAIAR, 2009, p. 176-178).

Carneiro (2012, p. 121) explica que “a Convenção sobre o Genocídio de 1948 e a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, foram elaboradas de forma urgente e nasceram diretamente como tratados internacionais, de aplicação imediata”. O objetivo de ambas era evitar que tragédias desse tipo voltassem a ocorrer e, no caso dos refugiados, segundo o autor, era “dar um destino, à quase um milhão de pessoas que vagavam pela Europa sem pátria, ou qualquer lugar onde retornar”.

Para compreender a origem da ideia dos crimes contra a humanidade, é necessário antes conhecer as regras e costumes de guerra. Essas regras e costumes remontam desde a antiguidade e são conhecidas como Direito Humanitário e “evidencia-se que essas normas são aplicadas quando temos o envolvimento de Estados em conflitos armados e que garantem a proteção para os envolvidos no combate” (GUERRA, 2010, p. 109).

Alguns relacionam a origem dos direitos humanos com o seu estabelecimento, visto que, esses conflitos não podem servir como justificativa para o cometimento de excessos, por qualquer das partes, que devem evitar o uso da força extrema, fora dos parâmetros razoáveis.

A consolidação dos direitos humanos vai ocorrer por meio de uma jurisdição internacional, que será “um mecanismo de controle ou judicialização dos direitos humanos em âmbito internacional especialmente para os casos mais graves de atrocidades e violências massivas” (CARNEIRO, 2012, p. 121).

A base para o estabelecimento de um julgamento dos crimes de guerra cometidos pelos nazistas foi inicialmente apresentada na Declaração de Moscou de 1943, em que os aliados se comprometiam em não deixar impune as atrocidades realizadas (CARNEIRO, 2012, p. 121). Esse comprometimento só vai ser efetivado em 8 de agosto de 1945, com o estabelecimento do Estatuto do Tribunal Militar Internacional, conhecido como Tribunal de Nuremberg (WEISSBRODT, FITZPATRICK e NEWMAN, 2001, p. 7).

Em outubro começaram a ser recebidas as denúncias contra 24 principais criminosos nazistas. Dezenove réus foram condenados em Nuremberg dos quais doze foram condenados à morte. A jurisdição do Tribunal foi estabelecida sobre Crimes de Guerra, Crimes contra a Paz e Crimes contra a Humanidade (CARNEIRO, 2012, p. 121).

A notoriedade desse estatuto se dá na definição de sua jurisdição, disposta no artigo 6 e que normatiza o que seriam os Crimes contra a Paz¹⁹⁹, os Crimes de Guerra²⁰⁰ e os Crimes contra a Humanidade²⁰¹.

Em virtude de nosso objeto de pesquisa serem os crimes contra a humanidade, vamos dar especial enfoque a sua normatização, que é considerada como a maior inovação do tribunal. Ao ser contestada com base no princípio geral do direito de que não há crime sem lei que o anteceda (BAPTISTA, 2018, p. 27), foi sustentada nos usos e costumes da guerra e no direito internacional humanitário, que tem a doutrina de guerra justa moldada por diversas vertentes (CARNEIRO, 2012, p. 365), se firmando como importante cláusula de proteção dos direitos humanos, em especial ao que diz respeito às populações civis (STEINER e ALSTON, 1996, p. 114).

Segundo Carneiro (2012, p. 124), “o Tribunal de Nuremberg deixou uma importante jurisprudência que afirmou o arcabouço teórico para a definição da expressão “crimes contra a humanidade” dando-lhe a consistência de um tipo penal, com definições e contornos mais claros”. Também estabeleceu formalmente o crime contra humanidade de perseguição, com a condenação do editor do jornal *Der Struner*, declaradamente antisemita.

Em 19 de janeiro de 1946, foi estabelecido em Tóquio o Tribunal Internacional Militar para o Extremo-Oriente (Tribunal de Tokyo), com poucas – mas relevantes – modificações da jurisdição do Tribunal de Nuremberg (SOUZA, 2004, p. 13), tendo como base legal a Declaração de *Postdam*, de 26 de julho de 1945, em que o Japão concordava com o julgamento dos criminosos de guerra (HENKEL e TAUBRICH, 2012, p. 94).

Para alguns autores referido tribunal acabou não exercendo tanta influência com sua jurisdição, em razão das polêmicas envolvendo a condenação de todos os seus acusados. Mesmo apresentando uma variedade maior de juízes do que o Tribunal de Nurem-

199 (a) CRIMES CONTRA A PAZ: a saber, planejamento, preparação, iniciação ou empreendimento de uma guerra de agressão ou uma guerra que viole tratados, acordos ou garantias internacionais ou participação em um plano ou conspiração comum para a realização de qualquer acima expostos (NUREMBERG, 1945).

200 (b) CRIMES DE GUERRA: a saber, violações das leis ou costumes da guerra. Tais violações devem incluir, entre outros, assassinatos, maus tratos ou deportação para trabalho escravo ou para qualquer outro fim da população civil de ou em território ocupado, assassinatos ou maus tratos de prisioneiros de guerra ou pessoas no mar, assassinato de reféns, pilhagem de propriedades públicas ou privadas, destruição arbitrária de cidades, vilas ou aldeias, ou devastação não justificada por necessidade militar (NUREMBERG, 1945).

201 (c) CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: a saber, assassinato, extermínio, escravização, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra; ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos em execução ou em conexão com qualquer crime dentro da jurisdição do Tribunal, violando ou não a lei doméstica do país em que foram cometidos (NUREMBERG, 1945).

berg, não foi eficaz em sua repercussão internacional (CARNEIRO, 2012, p. 122-126). Entretanto, algumas distinções do Tribunal de Tokyo em relação a Nuremberg fizeram despontar algumas falhas daquele e que certamente influenciaram a evolução do sistema judiciário penal internacional, no futuro.

Como exemplo, a Carta do Tribunal de Tokyo não excluiu a possibilidade de recursos por parte dos réus, disposição inexistente em Nuremberg, mesmo durante os 12 julgamentos seguintes realizados pelo então já denominado Tribunal Militar de Nuremberg (NMT, que não se confunde com o primeiro e único Tribunal Militar Internacional de Nuremberg – NIMT). Foi com base em tal disposição que a Corte Suprema dos Estados Unidos da América apreciou alguns recursos de réus japoneses. Fato é, assim, que tal disposição da Carta de Tokyo lançou luzes sobre tal falha do Estatuto de Nuremberg. Neste sentido:

[...] Outro aspecto de extrema importância, no qual o Tribunal de Nuremberg é bastante distinto do Tribunal do Extremo Oriente: a Carta de Tóquio não exclui a possibilidade de recurso contra as decisões da Corte. Daí o fato de alguns casos terem sido levados à Corte Suprema dos EUA, em grau recursal. Isso reforça a percepção da deficiência do Tribunal dos Grandes Criminosos de Guerra no sentido da ausência de um outro grau de jurisdição diverso. [...] (GONÇALVES, 2004, p.204).

Outra nota digna de menção em relação ao Tribunal Militar Internacional para o Extremo-Oriente, refere-se ao esforço desenvolvido pela China no sentido do reconhecimento da figura do crime internacional de agressão, baseada em sua história de ocupações coloniais sofridas a partir de ações de nações imperialistas ocidentais, bem como a crítica e o voto dissidente do juiz indiano Radhabinod Pal, fundamentado no argumento de que a agressão por parte de uma nação estrangeira a outra constituía prática antiga, inclusive pelas nações ocidentais (caso da própria Índia ocupada pelo Império Britânico, ainda naquele período).

Para o magistrado indiano, julgar os réus japoneses pelo crime de agressão constituía hipocrisia (PLESCH, 2017, p.172). Também aspectos procedimentais da Corte Militar Internacional para o Extremo-Oriente foram criticados não apenas pelo já mencionado juiz indiano, mas também pelo juiz francês Bernard e pelo juiz holandês, Röling, especialmente pela forma de condução dos procedimentos adotados pelo juiz-Presidente, o australiano, Webb. (CASSESSE, 2003, p.383/384).

Com o objetivo de manter a proteção dos direitos humanos, verifica-se a incorporação de diversos preceitos trazidos pela Declaração Universal de Direitos Humanos, da ONU, em vários pactos internacionais de direitos humanos. Também é promulgada em Viena, em 1993, a Declaração de Direitos Humanos de Viena e em 1998 o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TAIAR, 2009, p. 181), além da concepção e criação de diversos sistemas de proteção aos direitos humanos. Cada um possuindo

uma convenção própria. Mas sempre com os mesmos objetivos, visando uma eficiente proteção dos direitos humanos. Leal apresenta que:

O americano conta com a Convenção Americana de Direitos Humanos, o denominado Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que institui a Comissão Americana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana; o sistema europeu é constituído da Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, instituindo a Comissão e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos; já o sistema africano possui a Carta Africana de Direitos Humanos, de 1981 (LEAL, 1997, p. 91-92).

De acordo com Liliana Lyra Jubilut (2007, p. 38), “os Pactos Internacionais de Direitos Humanos surgiram como resposta aos anseios da comunidade internacional de se consolidar a proteção dos direitos humanos”. Taiar (2009, p. 185) destaca que a maior importância desses documentos é que “consolidam os direitos humanos como direitos positivados no âmbito internacional”, ocasionando um processo que além de aumentar a sua proteção, irá, primordialmente, garantir que esses direitos salvaguardados sejam efetivamente implementados.

A quantidade cada vez maior de debates envolvendo a proteção dos direitos humanos traz, nas palavras de Taiar (2009, p. 189) um “amadurecimento social”, que permite a criação de mecanismos para a sua proteção, que sempre apresentou dificuldades em sua efetivação. Esse amadurecimento, ainda segundo o autor, “vem permitindo o desenvolvimento de um processo de justicialização do direito internacional, notadamente dos direitos humanos, prova disso é a instalação, pela primeira vez na história, de um Tribunal Penal Internacional”.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado em 1998, cria um tribunal permanente, com o objetivo de julgar os responsáveis por crimes de maior gravidade, que possuam alcance internacional, sendo este, complementar das jurisdições penais nacionais (ROMA, 1998). Quanto à competência, nos termos do artigo 5º, a expressão crimes de maior gravidade com alcance internacional compreende o crime de genocídio (artigo 6º), os crimes contra a humanidade (artigo 6º), os crimes de guerra (artigo 8º) e os crimes de agressão (parágrafo 2º, do artigo 5º).

É importante destacar que a jurisdição do Tribunal “é adicional e complementar à jurisdição do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno” (TAIAR, 2009, p. 189). Sendo que, de acordo com Piovesan (2004, p. 262-263), “o Estado tem o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária”.

O Estatuto de Roma consagra, assim, em seu artigo 17 os denominados princípios da subsidiariedade e da complementaridade.

4. A IMPRESCRITIBILIDADE DO CRIME CONTRA A HUMANIDADE E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

O Direito na atualidade é visto como norma de conduta e ordenação social cunhada nos passos evolutivos das sociedades (nacionais e internacional), concretizando sua função reguladora e, portanto, buscando pavimentar a pacificação e felicidade coletivas, mediante a prevalência de princípios, garantias e direitos em todas as suas dimensões.

As gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, tal como estabelecido pelo jurista tcheco-francês Karel Vasak e posteriormente aperfeiçoada por outros pensadores do Direito, como Antonio Augusto Cançado Trindade constituem pensamentos que procuraram explicar a evolução dos direitos humanos fundamentais.

Ainda que o direito constitua uma ciência única e assim como também do ponto de vista do direito positivado (a “lei” é a única “lei”), a evolução histórica dos direitos humanos forneceu subsídios e elementos para o estabelecimento das referidas e distintas dimensões, muito embora compreenda-se atualmente que citada classificação não corresponda à realidade, inclusive tendo sido veementemente criticada por prestar certo desserviço aos direitos fundamentais, especialmente quando visões políticas se valeram das referidas dimensões por conveniências de regimes políticos e econômicos.

Também críticas foram endereçadas à referida teoria na medida em que verifica-se um descompasso cronológico na proposta de Vasak, já que “uma vez que a proposta cronológica de proteção de direitos verificável no constitucionalismo não acompanhou a ordem sequencial e cronológica de proteção no âmbito dos tratados e convenções internacionais, tendo em vista que inicia seu processo de proteção de direitos pelas prerrogativas atinentes ao trabalho (convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT – de 1919) e não com os direitos civis e políticos, como é apresentada pela classificação teórica das dimensões de direitos” (DIAS; MACHADO, 2016). Entretanto, do ponto de vista didático-pedagógico, é inegável a utilidade da teoria das dimensões.

Destarte, a teoria sob comento consagrou a visão sob a qual relaciona-se a primeira dimensão à liberdade, assim entendida em face do Estado; a segunda dimensão relacionada aos direitos sociais prestacionais; a terceira concernente aos direitos comunitários, fraternidade e solidariedade; e, a partir da quarta dimensão, já propostas por outros pensadores e com certas variantes, valores como participação democrática, a paz, bioética etc. passam a compor autêntico rol que reflete os anseios da humanidade diante de seus tradicionais e também novos desafios.

Contudo, ainda hoje, as necessidades de grande parte das populações em distintas regiões do globo repousam sobre direitos e garantias básicas, reconhecidas por normas nacionais e internacionais, desde a busca por maior e mais efetivas liberdade

de pensamento até a garantia do pleno emprego e sustento, consubstanciando, pois, a necessidade por parte dos governos nacionais e Estados soberanos de fazer cumprir o papel que justifica suas existências, qual seja, efetivar os valores e políticas primários e fundamentais (base do sistema constitucional) mais importantes projetados e irradiados por todo o ordenamento jurídico visando o bem estar coletivo.

Não sem razão, no caso brasileiro, afirma-se comumente caracterizar-se a Carta de 1988 como programática, exatamente por impor ao Estado a consecução de políticas públicas sem o que a inefetividade de seu texto de nada serviria.

Os direitos humanos assim considerados como resultado de experiências dolorosas suportadas pela humanidade, ocupam posição central e de destaque no plano constitucional de relevante parcela dos Estados soberanos membros das Nações Unidas. No caso brasileiro, não é diferente, consistindo nos direitos fundamentais o signo maior do Pacto Fundamental de 1988.

O indivíduo e as coletividades inseridas e respeitadas em seus contextos multa e pluriculturais constituem ponto principal na estrutura dos direitos constitucionais vigentes, cuja concretização pelo Estado e pela própria sociedade é *conditio sine qua non* para que a visão de nação e de sociedade resultante do pacto social fundante de 1988 não resulte em mera utopia, letra morta e, assim como, todo o sistema normativo infraconstitucional, decorrência lógica do princípio da parametrização do sistema constitucional brasileiro.

Neste sentido, passou-se a constatar a insuficiência das ordens jurídicas nacionais para o tratamento de graves violações aos direitos humanos por parte de Estados, grupos políticos, militares e paramilitares, fato que passa a ser enfrentado a partir de Nuremberg e Tokyo, tal como já enfatizado acima. O elemento soberania passa a contar com sua releitura a partir da constatação de que certas violações não poderiam ser mantidas sem sua apuração, constatação da verdade, punição de responsáveis pelas mesmas e eventual ressarcimento às vítimas, sem contar a reformulação de instituições estatais, públicas, de modo a que se pudesse promover eficazmente uma transição rumo a sociedades nas quais o ser humano passaria a ser a inspiração e o destinatário das normas e garantias protetivas.

No que tange à presente análise, os crimes contra a humanidade cuja gênese já foi acima bem detalhada, compõem o rol de proteção que não mais seria limitada a eventual deliberação de um Estado nacional, mas a partir de então considerado como um *core crime*, ou seja, um crime internacional que ao lado dos crimes de guerra, de genocídio e de agressão, traduzem atualmente os mais graves delitos a ofender a consciência e os valores humanos. A presença dos referenciais de *jus cogens* é evidente nesta hipótese.

No caso brasileiro, a Emenda Constitucional nº 45/2004 lança alterações à Constituição da República de 1988 e que alteram o *status* dos tratados internacionais aos

quais o Brasil aderiu, especialmente no que tange à sua internalização. Após dezembro de 2008, por decisão do Supremo Tribunal Federal nas decisões proferidas nos Recursos Extraordinários (RE 349703) e (RE 466343) e do Habeas Corpus (HC 87585), os tratados internacionais de direitos humanos passaram a ocupar a posição de supralegalidade e, se ratificados pelo então novo quórum constante do §3º do artigo 5º da Carta, serão considerados normas equivalentes às emendas constitucionais, medidas que aproximaram o sistema constitucional brasileiro aos parâmetros internacionais e também ao chamado controle de convencionalidade.

Em que pese referido controle de harmonização das normas pátrias com as convenções internacionais padecer de efetividade e aplicação imediata, gerando-se pois conflitos entre decisões, dentre as quais podemos mencionar a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece a legalidade da lei de anistia de 1979²⁰², enquanto, poucos meses após, decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos de posiciona em sentido contrário no caso *Gomes Lund*²⁰³, impondo ao conteúdo das normas e convenções internacionais, no país, uma posição em segundo plano.

Entretanto os sistemas interno e internacional estão relacionados e fazem parte do ordenamento como um todo, até mesmo antes da Constituição de 1988, na medida em que dita imprescritibilidade decorre das normas de *jus cogens*, ou seja, normas impostas a todos os Estados e que somente podem ser revogadas ou substituídas por outras normas igualmente de *jus cogens*— jamais por normas de direito costumeiro ou de direito positivo.

Em relação aos crimes contra a humanidade, é firmado em 1968 a convenção internacional sobre imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade. Assim, o crime contra a humanidade é atualmente classificado ao lado dos crimes de genocídio, crimes de guerra e crime de agressão como um dos crimes internacionais (*core crimes*) e, conforme artigo 1º da *Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade* (1968)²⁰⁴, é também imprescritível.

A inserção dos crimes contra a humanidade no referido rol encontra fundamento no direito à dignidade humana, valor-fonte e direito tão caro aos ordenamentos pátrios e internacionais. Do ponto de vista constitucional brasileiro, é baseado em pilares constitucionais também reconhecidos pelo direito internacional. Constituem prerrogativas universalmente inerentes a todo ser humano e com seus reflexos cuja efetividade e concretude devem ser tutelados na prática.

202 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 - DF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf>> Acesso em 10.Fev.2020.

203 *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2010, Serie C No. 219*

204 Adotada pela Resolução nº 2.391 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 26 de novembro de 1968 e em vigor a partir de 11 de novembro de 1970. UNITED NATIONS. Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity. Disponível em https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=IV-6&chapter=4&clang=_en.

Garantidas tão essenciais não podem e não devem ser restringidas ou extirpadas da esfera jurídica dos indivíduos por ordenamentos estatais ou imposições políticas, razão pela qual, no caso dos crimes contra a humanidade as estruturas internacionais passam a contar com competência para sua investigação e punição de eventuais responsáveis, observados os princípios já antes ressaltados: subsidiariedade e complementariedade, ao que se somam a adesão dos Estados aos respectivos atos internacionais, além, evidentemente das normas de *jus cogens*.

A prescrição se relaciona à pacificação social, com a ciência e possibilidade de agir, *actio nata*. Cada dever jurídico corresponde a um direito subjetivo. Ocorre que a não atuação e o transcurso do tempo fazem com que ocorra a prescrição, via de regra, no caso dos ordenamentos pátrios. Daí a famosa frase: “o direito não socorre aos que dormem”. No campo da dignidade humana, especialmente em relação aos crimes internacionais, não há que se falar em prescrição, uma vez que não lidamos com direito privado, mas com a máxima axiologia dos direitos fundamentais mais importantes e caros ao indivíduo.

No Brasil, o artigo 5º, da CRFB/88, dentre outros, consagrou os direitos fundamentais e disciplinou que os tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos têm aplicação imediata. Esclareceu que os direitos expressos na Constituição de 1988 não excluem outros decorrentes de princípios adotados ou tratados internacionais. Como dito acima, a EC nº 45/2004 expressamente disciplinou que os tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos aprovados pelo congresso serão equivalentes às emendas constitucionais, desde que ratificados pelo quórum específico (duas aprovações em cada Casa do Congresso e por 3/5 em cada votação).

Também como já enfatizado, os crimes lesa-humanidade que advêm dos princípios de Nuremberg constituem *jus cogens* decorrentes da tradição e aplicação geral advindos de tudo que compreendemos por direito no sentido de impedir tratamentos degradantes, forçados, violações aos direitos humanos de qualquer natureza.

Depois de tais fatos, o próprio pensamento constitucional evoluiu no sentido da limitação do Estado e releitura do conceito de soberania, visando assegurar aos indivíduos mais efetividade na tutela sobre suas garantias no plano internacional, aí incluída a visão da imprescritibilidade. Sempre importante ressaltar que a ditadura nacional-socialista durante o III Reich perdurou por doze anos sob a vigência da Constituição de Weimar que em seu artigo 48 forneceu instrumentos constitucionais e, assim, certa vestimenta de “legalidade” para as atrocidades cometidas, situação que hoje nos parece impensável.

Tais crimes lesa-humanidade foram de tal magnitude que se tornou inadmissível permitir que a história se repetisse, por insuperáveis suas consequências. Entretanto, a partir de 1945 seguiu-se o período da guerra-fria no qual, com o mundo polarizado, as perseguições políticas passaram a ser uma realidade vigente em diversos

países sob influência das superpotências, Estados Unidos da América e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

No caso da América do Sul, regimes ditatoriais passaram a impor novos desafios ao direito internacional dos direitos humanos por conta da repressão massiva contra parcelas de suas próprias populações. Desaparecimentos forçados, torturas, assassinatos e extermínios marcaram tais regimes de exceção.

No caso brasileiro, em 31 de março de 1964 o governo de João Goulart sofre um golpe de estado que conduz a nação a vinte e um anos sob um regime ditatorial civil-militar que encontra seu endurecimento a partir de 1968 com a decretação do Ato Institucional nº 5 (AI5) e que suspende garantias fundamentais, como por exemplo o *Habeas Corpus* em caso de prisões por motivações políticas, conceito alargado segundo as interpretações do regime.

Logo, o período sob comento caracterizou um período da história e política brasileiras em que o regime de exceção civil-militar governou o Brasil entre 1964 e 1985 e por meio do qual agentes cometeram graves violações dos direitos humanos mediante o cumprimento de diretrizes a partir de instâncias superiores.

Como principais características deste período opressor, pode-se citar: ausência de democracia real; supressão de direitos constitucionais; censura; perseguição política; repressão; estupros e torturas sistematicamente praticados em centros de detenção clandestinos, desaparecimentos forçados e assassinatos. Bebês e crianças foram também tomadas de seus pais, presos políticos, registrados como filhos legítimos de militares e ainda casos de simples apropriação de crianças sob a anuência dos militares, vítimas até hoje desaparecidas (REINA, 2019, p.17/18). Neste sentido, já tivemos a oportunidade de afirmar que:

[...] O movimento civil-militar de 1964, que depôs João Goulart, pode ser avaliado sob distintas perspectivas históricas, jurídicas e sociológicas, pelos estudiosos, apresentando exaustivas análises acerca de inúmeros aspectos, que esgotam certas temáticas. Do ponto de vista da repressão...é sabido que a repressão política, a tortura e o assassinato de opositores do regime, fossem oriundos dos segmentos intelectuais, estudantis, do operariado, do próprio setor militar ou, ainda, de certas ordens religiosas, foram sistematizados sob a inspiração da doutrina de combate à guerra revolucionária (*guerre révolutionnaire*) estabelecida por militares franceses durante a guerra de independência da Argélia, contra o jugo colonialista francês.[...] (PEREIRA, 2018, p.185)

Nesse contexto histórico ressalte-se também a Constituição de 1967 e que buscou legalizar a ditadura militar e o golpe de 1964, com o Ato Institucional nº 4 e que atribuía função de poder constituinte originário ao Congresso. A este se seguiu em 1967 a institucionalização e legalização do regime militar com o aumento do controle do Poder Executivo sobre os Poderes Legislativo e Judiciário, estabelecendo, desta forma, uma hierarquia constitucional centralizadora.

Em 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral escolheu o deputado Tancredo Neves como novo presidente da República. Era o fim do regime militar. Tancredo Neves adoeceu, vindo a falecer, restando ocupada a Presidência da República pelo então o vice-Presidente José Sarney. Com a promulgação da Carta da República de 1988, pavimentou-se a via jurídico-constitucional especialmente por meio do estabelecimento de princípios democráticos no país a nortear a reconstrução de uma sociedade democrática.

Referido movimento de redemocratização foi seguido pelos demais países do Cone Sul, cada qual segundo sua realidade e contextos políticos próprios. Como decorrência dos novos tempos, passa-se a atentar para a necessidade de consecução dos processos de transição necessários às mencionadas redemocratizações.

A justiça de transição passa a compor a pauta nos referidos Estados que, a partir de intensas discussões internas, promovem cada qual com distintos estágios de efetivação da justiça transicional, as ações necessárias. Assim, por exemplo, enquanto a maioria dos países já não mais aplicam leis de anistia que impedem a punição de perpetradores de crimes lesa-humanidade, o Brasil mantém vigente sua própria lei de anistia (6.683/79) após julgamento da ADPF 153 proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2010²⁰⁵.

Contudo, a sistematização na violação dos direitos humanos pelo então regime de exceção vigente leva à constatação do quão organizadas e promovidas pelo Estado brasileiro se mostraram tais violações, tal como acima exemplificadas. Os assassinatos do jornalista Wladimir Herzog; do operário Manoel Fiel Filho; do estudante Alexandre Vannucchi Leme e do 1º tenente PM José Ferreira de Almeida, em circunstâncias idênticas, pelas equipes do DOI-CODI de São Paulo, bem demonstram a sistematização da repressão, configurando crimes contra a humanidade em sua conceituação mais clara e precisa. Também o atentado ao Riocentro compõe tal rol.

Trate-se do caso das vítimas do DOI-CODI de São Paulo acima lembradas, especialmente no caso do jornalista Wladimir Herzog julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁰⁶, cuide-se dos atentados de 1981 no Riocentro, as circunstâncias e os elementos típicos dos crimes contra a humanidade encontram-se presentes, aliás, analisadas de modo solar no bojo do Recurso Especial nº 1.798.903-RJ, da Relatoria do Eminentíssimo Ministro Rogerio Schietti Cruz do Superior Tribunal de Justiça²⁰⁷.

Parâmetros doutrinários em relação ao crime contra a humanidade são hoje objeto de consenso em relação aos elementos que o tipificam. Para Antonio Cassese,

205 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 - DF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/adpf153.pdf>> Acesso em 10.Fev.2020.

206 Herzog e outros c. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 de março de 2018, Série C No. 353.

207 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.798.903-RJ. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/sites/porta/p/SiteAssets/documentos/noticias/REsp%201798903%20-%20voto%20vencedor%20Ministro%20Reynaldo%20Soares%20da%20Fonseca.pdf>> Acesso em 10.Fev.2020.

referidos delitos contra a humanidade constituem conjunto de ofensas particularmente odiosas, consistentes em sérios ataques à dignidade humana e/ou grave humilhação ou degradação de um ou mais seres-humanos. Não tratamos de eventos isolados ou esporádicos, mas parte de uma política governamental ou conjunto de atrocidades sistemáticas, massivas, consentidas e toleradas por um governo ou autoridade de fato.

Passo evolutivo em sua compreensão viabilizou a possibilidade de sua ocorrência em condutas proibidas e punidas tanto em períodos de guerra, como em tempos de paz (ao contrário da primeira metade do século XX que exigia sua ocorrência durante o curso de uma guerra). Vale afirmar, ampliado seu entendimento desde 1945, o direito costumeiro internacional não mais atribui qualquer importância à verificação de um conflito armado ou não, razão pela qual as violações lesa-humanidade cometidas durante as ditaduras do Cone Sul podem ser – e são – reconhecidas como crimes contra a humanidade. Em relação às vítimas, devem ser civis ou mesmo militares que não tenham participado de combates ou, ainda, que não mais participem das hostilidades.

Cassese menciona, ainda, os inimigos combatentes que, tampouco, participem das hostilidades (CASSESE, 2003, p.64). Outra proposição sobre a compreensão do crime contra a humanidade é fornecida por Willian Schabas nos termos seguintes:

[...] A lei aplicável às atrocidades que podem não atender à definição estrita de genocídio, mas que clamam por punição, foi significativamente fortalecida. Tais ofensas geralmente se enquadram na definição de ‘crimes contra a humanidade’, um conceito mais amplo que pode ser visto como ocupando o segundo nível da pirâmide. De acordo com a definição mais recente, incluída no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, os crimes contra a humanidade incluem perseguição contra qualquer grupo ou coletividade identificável por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos, de gênero ou outros que sejam universalmente reconhecidos como inadmissível pelo direito internacional. Essa abordagem contemporânea dos crimes contra a humanidade não é mais do que a definição “expandida” de genocídio que muitos têm discutido ao longo dos anos. [...] (Livre tradução do Autor). (SCHABAS, 2009, p.11/12)

Não se pode, de fato, deixar de reconhecer alguns pontos de contato entre os crimes contra a humanidade e o crime de genocídio, como por exemplo nas hipóteses de perseguições motivadas por raça, religião ou nacionalidade. No caso das ditaduras do Cone Sul o motivador predominante foi a orientação política.

5. CRIMES LESA-HUMANIDADE: OBRIGATORIEDADE DE INVESTIGAÇÃO E PUNIÇÃO.

A questão que ora se coloca diz respeito ao reconhecimento, ou não, da imprescritibilidade do crime contra a humanidade pelo Brasil. O melhor entendimento sobre a questão exige a releitura de parâmetros já de há muito consagrados pelo Direito Internacional e sua relação as normas jurídicas internas. Recorde-se que a Constituição Fede-

ral de 1988 constitui sistema aberto e não encerrado em si próprio, como se depreende especialmente pela leitura de seu §2º do artigo 5º (Cláusula de Abertura).

Logo, em relação às fontes das quais emanam os direitos humanos fundamentais, não se pode pensar apenas no próprio texto constitucional, mas também nas fontes decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais aos quais a República brasileira tenha aderido, resguardado a qualquer Estado – inclusive ao Brasil – recorrer à denúncia do Tratado caso deseje se retirar do mesmo, o que demonstra o respeito do sistema jurídico internacional à qualidade da soberania dos Estados. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou neste sentido:

Gostaria (...) de tecer algumas considerações sobre a Convenção da Haia e a sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro. (...) A primeira observação a ser feita, portanto, é a de que estamos diante de um documento produzido no contexto de negociações multilaterais a que o País formalmente aderiu e ratificou. Tais documentos, em que se incluem os tratados, as convenções e os acordos, pressupõem o cumprimento de boa-fé pelos Estados signatários. É o que expressa o velho brocardo “Pacta sunt servanda”. A observância dessa prescrição é o que permite a coexistência e a cooperação entre nações soberanas cujos interesses nem sempre são coincidentes. Os tratados e outros acordos internacionais preveem em seu próprio texto a possibilidade de retirada de uma das partes contratantes se e quando não mais lhe convenha permanecer integrada no sistema de reciprocidades ali estabelecido. É o que se chama de denúncia do tratado, matéria que, em um de seus aspectos, o da necessidade de integração de vontades entre o chefe de Estado e o Congresso Nacional, está sob o exame do Tribunal. (...) Atualmente (...) (STF, ADPF 172 MC-REF, rel. min. Marco Aurélio, voto da min. Ellen Gracie, j. 10-6-2009, P, DJE de 21-8-2009)²⁰⁸.

Neste diapasão, indaga-se pois se o Estado brasileiro reconhece o crime contra a humanidade, já que não vigora no plano interno norma tipificadora da conduta, a despeito de proposições em curso no Congresso Nacional neste sentido, como por exemplo o PLS nº 236/2012, sobre o Projeto de novo Código Penal, de relatoria do eminente jurista Luiz Carlos dos Santos Gonçalves e que tipifica o crime contra a humanidade.

Assim, para melhor esclarecimento da questão considere-se a vigência da *Convenção* Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade de 1968 já acima citada e que, ao ser aprovada pela Resolução nº 2391 (XXIII) da Assembleia Geral das Nações Unidas durante o auge do período mais violento da ditadura civil-militar instaurada a partir de 1964, à evidência, a ela não aderiu o Estado brasileiro.

Para a mais completa reflexão sobre os aspectos temporais extintivos do direito de punir, deve-se previamente compreender as razões para o reconhecimento, ou não, pelo Estado brasileiro, sobre eventual vigência das leis internacionais em seu território,

208 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 172 MC-REF, Rel. min. Marco Aurélio, voto da min. Ellen Gracie, j. 10-6-2009, P, DJE de 21-8-2009.

na medida em que o Estado brasileiro jamais se manifestou formalmente acerca de sua adesão à convenção sobre imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade de 1968.

O voto exarado pelo Ministro Relator no Recurso Especial nº 1.798.903-RJ²⁰⁹ estabelece que o reconhecimento dos crimes contra a humanidade e de sua imprescritibilidade constituem decorrência do direito internacional consuetudinário, ou seja, constitui autêntico princípio de direito internacional, incorporado aos costumes internacionais, desde que presentes seus dois inafastáveis elementos: a reiterada postura dos Estados em respeitar, observar e atuar conforme o costume; e, o reconhecimento e a crença dos Estados de que tal costume constitui diretriz vinculante e não apenas um instrumento de *soft-law*.

E, confirmando no plano internacional dita evolução jurisprudencial e doutrinária acerca dos crimes contra a humanidade, as Nações Unidas aprovaram duas Resoluções: a primeira aprovada pela Assembleia Geral da ONU, Res. nº 95 (1946) e que acolheu os princípios de direito internacional consagrados pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg, bem como aqueles decorrentes de suas sentenças. Aponte-se, neste passo, a definição de crimes contra a humanidade estabelecido pelo artigo 6º do referido Estatuto de Nuremberg:

Constituem crimes contra a humanidade o assassinato, extermínio, escravização, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra; ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos em execução ou em conexão com qualquer crime dentro da jurisdição do Tribunal, violando ou não a lei doméstica do país em que foram cometidos (Yale Law School, 2008).

A segunda Resolução das Nações Unidas acima citada pelo Relator refere-se à Resolução nº 3074 (XXVIII), da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 3 de dezembro de 1973 e que expressamente estabelece que:

1. Os crimes de guerra e os crimes de lesa-humanidade, onde for ou qualquer que seja a data em que tenham sido cometidos, serão objeto de uma investigação, e as pessoas contra as quais existam provas de culpabilidade na execução de tais crimes serão procuradas, detidas, processadas e, em caso de serem consideradas culpadas, castigadas.
2. Os Estados não adotarão disposições legislativas nem tomarão medidas de outra espécie que possam menosprezar as obrigações internacionais que tenham acordado no tocante à identificação, à prisão, à extradição e ao castigo dos culpáveis de crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade.

209 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.798.903-RJ. Voto do min. rel. Rogerio Schiettti Cruz. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/RESp1798903 .pdf](http://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/RESp1798903.pdf)> Acesso em 10.Fev.2020.

Em relação ao item 2 acima, ensina Marlon Weichert que:

[...] O direito internacional dos direitos humanos assentou – ao menos desde a aprovação dos princípios do Estatuto de Nüremberg na primeira Assembleia Geral das Nações Unidas – a imprescindibilidade da persecução penal de autores de graves violações aos direitos humanos, sobretudo quando qualificados como crimes contra a humanidade. Como consequência desse princípio geral, normas legais que direta ou indiretamente sejam causa de impunidade em face desses atos (leis de anistia, foros militares ou especiais, prazos prescricionais etc.) são reputadas inválidas pela comunidade internacional, com destaque para a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos [...] (WEICHERT, 2014 p.245).

Portanto, o sistema global protetivo dos direitos humanos, ao reconhecer as diretrizes acima, formaliza-as em Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, espalhando qualquer dúvida acerca da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como verdadeiro costume internacional.

Reconhece-se, outrossim, inclusive pelo voto do STJ acima já destacado a ideia de costume enquanto fonte do direito penal internacional, bem como as normas *de jus cogens* como instrumentos que alçam a ideia de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e obrigação dos Estados em punir referido crime internacional a um patamar o mais elevado, inclusive como obrigação dos Estados soberanos.

Neste sentido, mencione-se importante decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Almonacid Arellano e Outros vs. Chile*²¹⁰, e que diz respeito à reconhecida responsabilidade do Estado chileno pela não investigação sobre a execução extrajudicial do professor de ensino básico Luis Alfredo Almonacid Arellano pelo regime ditatorial de Augusto Pinochet, bem como pela não punição dos responsáveis pela mencionada execução e não ressarcimento aos respectivos familiares.

A manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao proferir sua decisão sobre a imprescritibilidade do crime lesa-humanidade reconhecido no caso *Almonacid Arellano*, chancelou o processo evolutivo sobre o crime contra a humanidade nas Américas, com reflexos naqueles crimes praticados por agentes do Estado nas ditaduras latino-americanas. Reconheceu, ainda, a Corte Interamericana, a necessidade e obrigatoriedade de que os Estados procedam à investigação, punição de responsáveis e reparação fundamentada em *jus cogens*, ou seja, em obrigação de direito internacional geral embasada em norma peremptória do direito internacional, em casos de crimes lesa-humanidade.

Ainda mais, a decisão permite a percepção de que para além do próprio direito consuetudinário e direito positivado, internacionais, caracterizam-se tais obrigações como obrigatórias e inderrogáveis a todos os Estados soberanos membros da Organização dos Estados Americanos (OEA).

210 *Almonacid Arellano e outros c. Chile*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 setembro de 2006, Séries C No. 154

Eis aqui, o entendimento de norma internacional própria de *jus cogens*: norma internacional impositiva, inderrogável por vontade dos Estados, conforme determinado pela Convenção de Viena de 1969 em seu artigo 53. Neste sentido, Antonio Gómez Robledo, citado por Mazzuoli:

[...] somente uma norma de *jus cogens* posterior revoga outra de *jus cogens* anterior, não havendo a possibilidade de normas sem esse status revogá-la por qualquer meio [...] (ROBLEDO *apud* MAZZUOLI, 2016, p.184).

A relevância conferida e reconhecida às normas provenientes do *jus cogens* decorrem exatamente dos valores por ela tutelados. A gravidade de sua violação justifica a exceção à característica predominante na horizontalidade do direito internacional, hipótese pela qual evidencia-se o critério hierárquico a tutelar a importância das normas peremptórias de direito internacional.

Em relação ao Estado brasileiro, firmou em 1914 a Convenção Sobre Leis e Costumes de Guerra Terrestre (Haia, 1907) e pela qual reconheceu o caráter normativo dos princípios do *jus gentium* consagrados pelo direito internacional consuetudinário reconhecidos pelos Estados soberanos. Ou seja, o Brasil desde o início do século XX reconhece a força normativa destes princípios.

O Brasil também adotou os princípios gerais de direito internacional, incorporando-os às normas e ao sistema jurídico interno, ao firmar a Convenção de Leis e Costumes de guerra Terrestre e que também constitui norma internacional de combate às violações e crimes contra a humanidade, postura confirmada posteriormente quando da adesão do Estado brasileiro ao Estatuto de Roma (1998), ratificado no ano de 2002 pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Neste sentido, cabe, pois, a consideração aos seguintes pontos:

- i. Obriga-se o Estado brasileiro a investigar e punir os crimes contra a humanidade, bem como aqueles praticados pelo regime de exceção que vigorou entre 1964 e 1985;
- ii. o Brasil reconheceu formalmente a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao ratificar a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória prevista pelo artigo 62 do Pacto Interamericano de Direitos Humanos (1969) em 1998, o que o obriga a observar e fazer cumprir as determinações exaradas pela Corte no caso *Gomes Lund vs. Brasil* (Guerrilha do Araguaia);
- iii. Normas internas que afastam a punibilidade por crimes lesa-humanidade cometidos por ditaduras, são incompatíveis com as garantias consagradas pela *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*, tal como decidido pela mesma Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1987);

- iv. as condutas verificadas em atentados cometidos por grupos radicais durante a ditadura brasileira, como no caso Riocentro constituem crimes lesa-humanidade e, portanto, são imprescritíveis, não sendo juridicamente possível a incidência do instituto da extinção da punibilidade com fundamento no artigo 107, IV, do Código Penal;
- v. para que ocorra a caracterização de crime contra a humanidade, não é imprescindível a existência de uma política oficial, sendo suficiente a prática de atos lesa-humanidade por “setores” do Estado.

As constatações e decisões acima remetem ainda à noção de proibição de retrocesso social (*Efeito Cliquet*) em sede de Justiça de Transição, também reconhecida pelo sistema interamericano protetivo dos direitos humanos, inclusive em relação à questão da imprescritibilidade dos crimes lesa-humanidade. Refere-se, outrossim, aos postulados dos artigos 22 e 25 constantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que asseguram a todos a legitimidade para a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar a imprescritibilidade dos crimes contra humanidade, abarcando sua gênese indissociável com os direitos humanos que nasceu da origem histórica do extermínio das minorias. A evolução desses crimes atingiu patamares tão sofisticados que a partir daí organizações e convenções internacionais passaram a prever sanções para os responsáveis por crimes internacionais.

Foi um processo gradativo de reconhecimento da necessidade de que extermínios cometidos dentro dos Estados não poderiam ficar impune e deveriam ser tipificados como crimes internacionais para responsabilização de seus perpetradores, processo tal que somente encontrou seu ápice com a realização dos julgamentos pelos *Tribunais Internacionais Criminais de Nuremberg e do Extremo Oriente (Tribunal de Tokyo)*.

A evolução dos direitos humanos estava associada com surgimento do Estado de Direito das antigas civilizações que evoluiu e aprimorou com as organizações políticas. As limitações do poder absoluto, tais como a independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa de 1789 foram premissas históricas dos direitos fundamentais, assim como as declarações de direitos surgidas pós segunda guerra mundial.

Entretanto, a maior inovação foi sustentada nos usos e costumes da guerra e no direito internacional humanitário que teve a doutrina de guerra justa moldada por diversas vertentes se firmando como importante cláusula de proteção dos direitos humanos. Nessa evolução, o tribunal de Nuremberg deixou uma importante jurisprudência que afirmou um arcabouço teórico para definição da expressão: “crimes contra humanidade”.

Com objetivo de intensificar a proteção aos direitos humanos foram elaborados e aprovados importantes instrumentos internacionais concebidos e firmados, dentre os quais, a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), a Declaração de Direitos Humanos de Viena (1998) o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1988). Além da concepção e criação e diversos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. No mesmo sentido, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aprovado em 1998, possuiu um alcance internacional e complementar às jurisdições penais nacionais.

Quanto aos direitos humanos, verificou-se que os mesmos ocupavam plano central e de destaque no plano constitucional de relevante parcela para os Estados soberanos membros das Nações Unidas, estabelecendo, pois, relevante diálogo com direito internacional dos direitos humanos.

No caso brasileiro, após importante decisão do Supremo Tribunal Federal em dezembro de 2008 sobre a prisão do depositário infiel, os tratados internacionais de direitos humanos passaram ocupar posição de supra legalidade e, se ratificados por quórum qualificado de quatro votações e aprovações nas duas Casas do Congresso Nacional e por 3/5 em todas as votações, posição equivalente às emendas constitucionais. O próprio conceito de soberania foi submetido a um processo de releitura visando assegurar aos indivíduos mais efetividade na tutela no plano internacional, na medida em que não poderiam mais os Estados impor sua soberania como obstáculo à imprescritibilidade, investigação e punição de perpetradores de crimes contra a humanidade, visão cuja gênese remonta a Nuremberg e Tokyo.

Ainda, a questão da imprescritibilidade dos crimes contra humanidade se tornou relevante no Brasil e nas Américas na medida em que não vigoravam internamente normas tipificadoras da conduta, restando tal figura fundamentada no costume internacional e nas normas de *jus cogens*, posteriormente formalizada em Resoluções da *Assembleia Geral das Nações Unidas* que extirpou qualquer dúvida.

Na decisão da *Corte Interamericana de Direitos Humanos* no caso *Almonacid Arellano e Outros vs Chile* ficou reconhecida a necessidade de os Estados procederem à investigação, punição dos responsáveis e reparação fundamentada em *jus cogens*, norma internacional impositiva, decorrente dos valores por ela tutelados.

Ressaltamos que o Brasil desde o início do século XX reconheceu a força normativa dos princípios gerais de direito internacional *ius gentium* consagrados pelo direito internacional consuetudinário dos Estados Soberanos. Adotou, também, os princípios gerais do direito internacional, incorporando-os às normas e ao sistema jurídico interno, ao afirmar que a *Convenção de Leis e Costumes de guerra Terrestre* também constituiu norma internacional de combate às violações e crimes contra humanidade, confirmada pela adesão do Estado brasileiro ao *Estatuto de Roma*, ratificado pelo *Decreto n. 4388 de 2002*.

Por fim, concluímos que, o Estado brasileiro obrigou-se a investigar e punir crimes contra humanidade. Foi reconhecida a jurisdição da *Corte Interamericana de Direitos Humanos* que obrigava a observar e fazer cumprir suas determinações como se depreende pelo estudo do *caso Gomes Vs Brasil* (Guerrilha do Araguaia).

Frisou-se que normas internas que afastavam a punibilidade por crimes lesa-humanidade eram e são incompatíveis com as garantias consagradas pela *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*, tal como no caso *Vélasquez Rodríguez Vs. Honduras* (1987) e o caso do jornalista *Wladimir Herzog Vs. Brasil* (que após se apresentar ao DOI-CODI de São Paulo foi torturado e assassinado nas dependências daquele órgão em 25 de outubro de 1975, durante a ditadura civil-militar).

A ausência de investigação e punição pela morte do jornalista, dentre outras e a impunidade daí decorrente, vem marcada pelos debates em torno da Lei nº 6.683/79 (*Lei de Anistia*), promulgada já no ocaso do regime de exceção instaurado pelo golpe de 1964 e considerada válida em decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo da ADPF 153, decisão esta que seria confrontada posteriormente no mesmo ano (2010) pela decisão da Corte interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros c. Brasil*, na medida em que se decidiu neste julgamento pela invalidade da mencionada lei de anistia.

Firmou-se, portanto, ao longo de décadas de produção jurisdicional da Corte que condutas lesa-humanidade cometidas nas Américas por agentes estatais e grupos radicais constituiriam crimes lesa-humanidade, sendo portanto imprescritíveis e de investigação e punição de responsáveis, obrigatórios, além do reconhecimento dos consequentes direito à memória, reparação às vítimas e familiares, bem como reforma das instituições para construção de democracias mais sólidas e de alta densidade.

BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hannah. *O Que é Política?*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Nuremberg. In: Neves, José Roberto de Castro (coord.). *Os grandes julgamentos da história*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARNEIRO, Wellington Pereira. *Crimes contra a Humanidade: Entre a História e o Direito nas Relações Internacionais; do Holocausto aos nossos dias*. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais da Universidade de Brasília. UNB: Brasília, 2012.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford University Press, 2003.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2nd Edition. Oxford University Press, 2008.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Solferino e o Comitê Internacional da Cruz Vermelha*. Disponível em <https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/feature/solferino-feature-240609.htm> - acesso em: 05.Fev.2020.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUTRUFELLI, Maria Rosa. *Reinventando a história de Olympe de Gouges*. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 17(2): 000-000, maio-agosto/2009. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v17n2/21.pdf>. Acesso em 08.Fev.2020.

DIAS, Norton Maldonado; MACHADO, Edinilson Donisete. *Reflexões sobre a crise na determinação dos direitos fundamentais nos pensamentos de Thomas Humphrey Marshall e Karel Vasak*. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil*, v. 62, n. 1, jan./abr. 2017, p. 183 – 208. ISSN 2236-7284. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/45775>. Acesso em: 09.Fev.2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v62i1.45775>.

GENEVOIS, Margarida. *Direitos humanos na história*. In: DHnet, [s.d.]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/margarid.htm>. Acesso em: 10. Jan 2020.

GUERRA, Sidney. *Os Direitos Humanos na ordem jurídica internacional*. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, v. 14, n. 1, 2010.

GUIMARÃES, Elisabeth da Fonseca. *A Construção Histórico-Sociológica dos Direitos Humanos*. *ORG & DEMO, Marília*, v.11, n.2, p.95-112, jul./dez., 2010. Disponível em <file:///C:/Users/profe/Downloads/494-Texto%20do%20artigo-1734-1-10-20101112.pdf>. Acesso em: 08.Fev.2020.

HENKEL, Matthias, TAUBRICH, Hans Christian. *Memorium Nuremberg Trials: The exhibition*. Nuremberg: Nuremberg Municipal Museums, 2012.

HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos Humanos – Uma História*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. *Direito Internacional Penal – Mecanismo de Implementação do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JONES, Adam. *Genocide – A Comprehensive Introduction*. 2nd edition. Routledge, London/NY, 2011

JUBILUT, Liliana Lyra. Os pactos internacionais de direitos humanos. p. 25-39. In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (coords.). *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Santa Cruz do Sul; EDUNISC, 1997.

LOUREIRO, Heitor de Andrade Carvalho. Genocídio Armênio (1915-1923): Massacre, deportações e expropriação, p. 25-65. Obra coletiva *Conflitos Armados, Massacres e Genocídios: Constituição e Violações do Direito à Existência na Era Contemporânea* (BORELLI, Andrea; ZAGNI, Rodrigo Medina – organizadores). Belo Horizonte, MG: Fino Traço, 2013.

MBAYA, Etienne-Richard. *Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas*. *Estudos Avançados*, v. 11, n. 30, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral (comentários aos artigos 1o a 5o da Constituição da República Federativa do Brasil - doutrina e jurisprudência)*. Coleção Temas Jurídicos, v. 3, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NUREMBERG, Tribunal de. *Charter of the International Military Tribunal (1945)*. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>. Acesso em 20. Jan. 2020.

PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. *Genocídio Indígena no Brasil – O Desenvolvimentismo entre 1964 e 1985*. Curitiba: Juruá, 2018.

PIOVESAN, Flávia. Cidadania global é possível?. p. 259-268. In PINSKY, Jaime (org). *Práticas de cidadania*. São Paulo: Contexto, 2004.

PLESCH, Dan. *Human Rights After Hitler*. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2017.

REINA, Eduardo. *Cativeiro Sem Fim – As Histórias dos Bebês, Crianças e Adolescentes Sequestrados Pela Ditadura Militar no Brasil*. São Paulo: Alameda, 2019.

ROBLEDÓ, Antonio Gómez. Le ius cogens international: sa genèse, sa nature, ses fonctions *apud* MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

- SCHABAS, William A. *Genocide in International Law*. Cambridge University Press, 2nd edition, 2009.
- SODER, José. *Direitos do homem*. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1960.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *O Tribunal Penal Internacional e a Proteção aos Direitos Humanos: uma análise do Estatuto de Roma à luz dos princípios do direito internacional da pessoa humana*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília/DF, ano III, n. 12, p. 12, 2004.
- STEINER, Henry J., ALSTON, Philip. *Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*. Oxford University Press: Oxford/New York, 1996.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.798.903-RJ. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/porta/p/SiteAssets/documentos/noticias/REsp%201798903%20-%20voto%20vencedor%20Ministro%20Reynaldo%20Soares%20da%20Fonseca.pdf>. Acesso em 10.Fev.2020.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 172 MC-REF. Rel. min. Marco Aurélio, voto da min. Ellen Gracie, j. 10-6-2009, P, DJE de 21-8-2009.
- TAIAR, Rogério. Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. USP: São Paulo, 2009.
- TURNER, Ralph V. The meaning of Magna Carta since 1215. *History Today*, v. 53, n. 9, p. 29-29, 2003.
- UNITED NATIONS. Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity. Disponível em https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=I-V-6&chapter=4&clang=_en.
- UNITED NATIONS ORGANIZATION. The Drafters of the Universal Declaration of Human Rights. Disponível em <https://www.un.org/en/sections/universal-declaration/drafters-universal-declaration-human-rights/index.html>. Acesso em: 08.Fev.2020.
- UNITED STATES GOVERNMENT PRINTING OFFICE. Papers Relating to the Foreign Relations of the United States, 1915, Supplement (Washington: US Government Printing Office, 1928), at 981.
- WEICHERT, Marlon Alberto. A Obrigação Constitucional de Punir Graves Violações aos Direitos Humanos. Obra coletiva Direitos Humanos Atual. PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Coordenadoras). Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- WEISSBRODT, David; FITZPATRICK, Joan; NEWMAN, Frank. *International Human Rights, Law, Policy, and Progress*. 3rd Edition. Anderson Publishing: Cincinnati, 2001.
- YALE LAW SCHOOL. The Avalon Project – Documents in Law, History and Diplomacy. CONSTITUTION OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. Lillian Goldman Law Library, 2008. Disponível em <https://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>. Acesso em 10.02.2020.
- ZILLI, Marcos. A Dimensão Punitiva da Justiça de Transição: Um Café para Vabres e Outro para Beccaria. Obra coletiva Direitos Humanos Atual. PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Coordenadoras). Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

A RECEPÇÃO DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DOS DIREITOS HUMANOS

Paulo Pinto De Albuquerque

Soraya Nour Skell

RESUMO: A análise dos casos mais representativos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) que citam a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) revela um padrão regular de convergência e divergência: apesar da Corte IDH citar a CEDH em mais da metade de seus casos, mas ser citada em menos de 1% pela CEDH, há convergência quanto ao conteúdo substancial dos direitos que são consagrados. Contudo, há divergência quanto à fundamentação destes direitos e quanto ao método de interpretação que decorre desta fundamentação. A jurisprudência da CEDH compreende que a fundamentação dos Direitos Humanos deve ser buscada nas tradições dos países signatários, ou de um consenso europeu; em decorrência, em assuntos polêmicos, seu método de interpretação é frequentemente o da “margem de apreciação”, que concilia a decisão da CEDH com a discricionariedade de cada Estado (rejeitada pela Corte IDH). Já a Corte IDH tem uma visão universalista dos Direitos Humanos, e por isso busca elementos extra-sistêmicos, entre os quais a jurisprudência da CEDH, para fundamentar suas decisões. Em casos difíceis, seu princípio de interpretação é a “cláusula mais favorável”, que prioriza a solução que promove maior ampliação de direito. No entanto, apesar de raramente ter evocado a “margem de apreciação”, acaba em alguns casos por conferir certa discricionariedade aos Estados. Particularmente em questões de direitos econômicos, sociais e culturais, sua efetivação é ainda vista como dependente de políticas públicas locais, o que acaba por relativizar os direitos. O debate entre os que são a favor ou contra a concessão de discricionariedade aos Estados em questões de Direitos Humanos é um debate, em grande parte, sobre quem tem legitimidade para decidir, se os Estados (que seriam democrático, enquanto as instâncias internacionais sofreriam de um déficit democrático) ou as instâncias internacionais (que imporiam direitos universais à “razão de Estado”). Consideramos aqui que o critério de legitimação de qualquer interpretação que se faça dos Direitos Humanos e, portanto, de qualquer tipo de discricionariedade que se conceda ao Estado, em cada caso concreto, decorre das reivindicações daqueles que lutam pelos Direitos Humanos para além das fronteiras nacionais, com vista ao exercício de uma “cidadania cosmopolita”. Essa seria a primeira condição de um verdadeiro universalismo dos Direitos Humanos. A segunda seria um movimento recíproco de recepção jurisprudencial entre as Cortes (que no momento é apenas em sentido único), um verdadeiro “diálogo”, que ainda está por ser construído.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; Corte Europeia de Direitos Humanos; diálogo; recepção; margem de apreciação; universalismo; cidadania cosmopolita.

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos gerais da recepção da jurisprudência da CEDH pela Corte IDH; Parte I) Direitos Gerais: 3. Direito à vida e à integridade pessoal; 4. Direito à liberdade; 5. Direito à liberdade de pensamento, expressão e associação; 6. Proteção judicial e processo devido; 7. Direitos políticos; 8. Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais; Parte II) Direitos especiais de grupos de pessoas vulneráveis: 9. Direitos das mulheres; 10. Direitos das crianças; 11. Direitos dos trabalhadores; 12. Direitos dos imigrantes e dos refugiados; 13. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A relação entre a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é qualificada por um número significativo de autores como “diálogo” (PIOVESAN 2013; FARIAS, PADÃO E PORTELA 2017). Outros autores, contudo, consideram que não é possível qualificar esta relação de “diálogo”, pois há uma enorme discrepância entre a frequência com que as cortes se citam. A Corte IDH cita os instrumentos europeus em mais da metade de seus casos, enquanto que é a título excepcional que a CEDH cita a Corte IDH. Não é possível “dialogar pelos dois”. A fim de evitar sugerir esta “reciprocidade” ainda inexistente, outros autores preferem chamar esta relação antes de “influência” (GROPPI E ORTU 2014). No entanto, se o termo “diálogo” sugere uma reciprocidade inexistente, o termo “influência”, por sua vez, sugere uma hierarquia, que as divergências entre estas duas instituições permitiriam questionar.

Analisamos estas referências da jurisprudência da CEDH na Corte IDH como “recepção” (evitando assim também os conceitos de “diálogo” ou “influência”). Em sua dimensão explicativa, a “recepção” implica a transformação e recriação do que é recebido, no novo contexto ao qual é transportado. Iremos analisar a jurisprudência da Corte IDH que cita explicitamente a jurisprudência da CEDH ao definir aspectos fundamentais dos Direitos Humanos quanto aos direitos gerais e aos direitos especiais para grupos vulneráveis. Essa análise mostra, por um lado, a convergência entre a Corte IDH e a CEDH no que se refere à construção dos Direitos Humanos, pela definição de seus princípios fundamentais. Por outro lado, essa análise revela o seguinte paradoxo: a Corte IDH cita vários casos da CEDH que utilizam como técnica interpretativa a “margem de apreciação”, que deixa ao Estado certa discricionariedade na apreciação do caso, e que faz parte da rotina argumentativa da CEDH. Mas a própria Corte IDH, apesar de citar estes casos, usa esta técnica apenas a título excepcional. Assim, apesar de considerar a convergência com a CEDH no que se refere à legitimação dos princípios dos Direitos Humanos que consagra, a Corte IDH diverge com a CEDH no que diz respeito à margem nacional de apreciação que esta confere aos Estados.

Tal divergência entre as Cortes tem suscitado um importante debate. A doutrina divide-se no seu juízo sobre a utilização da “margem de apreciação”. Por um lado, vários

autores celebram a não utilização da “margem de apreciação” pela Corte IDH, o que assegura a predominância dos Direitos Humanos sobre a “razão de Estado” (CANÇADO TRINDADE 2005, DELMAS MARTY 2000, VON BOGDANDY, 2010, 2020). Para Armin von Bogdandy, esta divergência entre as duas cortes permitiria qualificar a Corte IDH como “tribunal audaz” que se imporia aos Estados, enquanto que a CEDH seria o “tribunal tímido”, permissivo em relação aos Estados. Cançado Trindade, por sua vez, rejeita a margem de apreciação justamente devido ao déficit democrático dos próprios Estados.

Outros autores, contudo, consideram que a utilização da “margem de apreciação” pela CEDH assegura o pluralismo jurídico e o respeito pela cultura de cada país. Estes autores manifestam-se assim contra a tese de Bogdandy de “audácia” e “timidez” (p.ex., AMBOS E BÖHN 2013): o que Bogdandy qualifica (negativamente) como “timidez” da CEDH, estes autores qualificam (positivamente) como respeito pelas pluralidade das diferentes culturas jurídicas e garantia de eficácia; e o que Bogdandy qualifica (positivamente) como “audácia” da Corte IDH, é para estes autores (negativamente) antes um abuso da Corte IDH, que decide sobre matérias para as quais nem sequer teria competência, que encontra resistência por parte dos Estados, e que resulta ineficaz. Autores como Verdugo e Garcia (2012) argumentam ainda que a “margem de apreciação” resolveria um grave problema da Corte IDH: seu déficit democrático.

Contudo, apesar de apenas raramente mencionar a doutrina da “margem de apreciação”, a Corte IDH tem outros mecanismos e instrumentos pelos quais concede certa discricionariedade aos Estados. Pablo Contreras analisou como isso ocorre em alguns grupos de direitos. Propomos aqui analisar ainda um outro: o dos direitos económicos, sociais e culturais. A Corte IDH deixa grande discricionariedade aos Estados quanto a estes direitos por entender que sua realização depende de políticas internas.

Propomos analisar estas duas divergências entre a Corte IDH e a CEDH (aquela cita este muito mais do que é citada, este usa da “margem de apreciação” muito mais do que aquela) a partir de sua causa mais profunda (evitando assim os qualificativos de “audácia” ou “timidez”), qual seja: as divergentes visões das Cortes quanto ao fundamento dos Direitos Humanos e sua legitimação. A Corte IDH considera que os Direitos Humanos têm um fundamento universal e assim a frequente citação da jurisprudência da CEDH corrobora este universalismo. Já a CEDH considera que os Direitos Humanos têm seu fundamento nos diversos sistemas constitucionais dos Estados signatários, do que decorre que, antes que uma fundamentação universalista, a fundamentação a partir das tradições locais - ou de uma tradição regional europeia - é a mais relevante. É da divergente fundamentação dos Direitos Humanos que decorre o divergente modo de interpretação do Direito utilizado pelas Cortes. Para os defensores do universalismo, este é condição de efetividade; para seus opositores, o universalismo é justamente o que

impede maior efetividade, dado esbarrar na vontade dos Estados, que são em última instância os responsáveis pela efetivação dos Direitos Humanos.

Consideramos que qualquer interpretação dos Direitos Humanos deve ter como critério de legitimação as reivindicações de diversos atores sociais, que constituem uma cidadania “cosmopolita” em exercício, mesmo que não institucionalizada, e que confere legitimidade à construção dos Direitos Humanos, para além da vontade dos Estados e das instituições internacionais. Trata-se de uma primeira condição da universalidade dos Direitos Humanos. A segunda condição de universalismo é que a recepção deveria solicitar, reciprocamente, que o que recebe seja também recebido - a recepção deveria ser nos dois sentidos. Se a Corte IDH recebe a jurisprudência da CEDH, dando-lhe nova dimensão, seria necessário que também a CEDH recepcionasse a jurisprudência da Corte IDH, em um movimento recíproco. Esta reciprocidade ainda está por ser construída.

2. ASPETOS GERAIS DA RECEPÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CEDH PELA CORTE IDH

Como Groppi e Ortu (2018) analisam, a Corte IDH citou a jurisprudência europeia desde que iniciou suas atividades - em uma primeira fase, em sua função consultiva; depois, em sua função jurisdicional. Esta frequente recorrência à jurisprudência europeia, constante desde a criação da Corte IDH, mostra que não se trata de um fenómeno contingente, mas sim estrutural²¹¹. As numerosas referências à jurisprudência europeia são frequentemente acompanhadas de referências a outros elementos extra-sistêmicos, atos ou decisões de outros órgãos jurisdicionais ou quase-jurisdicionais internacionais, mas a jurisprudência europeia tem posição privilegiada pelo número e pela qualidade das citações. A Corte IDH considera que os direitos que tutela são universais, e não apenas de alcance regional, e por isso vai para além de seu sistema de referência. O princípio pelo qual se orienta é o da máxima tutela: de cada ordenamento extra-sistêmico citado, a Corte IDH toma apenas o que amplia a proteção dos direitos. Seu critério interpretativo é a cláusula mais favorável.

Groppi e Ortu (2018) demonstram que entre 1987 e 2017 a Corte IDH emitiu 337 decisões em sede contenciosa. Destas, 197 decisões, ou seja, 57,6% contêm ao menos uma citação da jurisprudência da CEDH ou da antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos. Em 17 casos a citação está exclusivamente em votos particulares; em 5 casos, as citações estão nos argumentos apresentados pela Comissão Americana de Direitos Humanos ou pelos Estados envolvidos, argumentos estes que são mencionados pela Corte IDH na motivação; e em 175 casos a referência está nas considerações da Corte IDH, ou seja,

211 Entre as várias obras que analisam a relação entre a CEDH e a Corte IDH, ver também: AMBOS, K. & BÖHN, 2013; CAMARILLO GOVEA, 2016; CANÇADO, 2007; DONDERO, 2000; FIX-ZAMUDIO, 2000; LONDOÑO, 2005; NOVAK, 2002; PALACIOS VALENCIA, 2015; PASTOR, 2007; ROBERTSON, 1981; ÚBEDA, 2007; VIANA, 2008.

na motivação jurídica da decisão (nas motivações na Corte IDH não há a diferenciação entre “dos fatos” e “do direito”, que existe na jurisprudência da CEDH).

Uma divergência fundamental é a discricionariedade conferida aos Estados. Normalmente, esta discricionariedade é observada quanto à utilização da doutrina da “margem de apreciação”. Esta doutrina não é encontrada na Convenção Europeia nem nos seus trabalhos preparatórios, mas faz parte da jurisprudência da CEDH na interpretação dos direitos e suas restrições. A CEDH não utiliza a margem de apreciação em questões de direitos fundamentais inderrogáveis como a proibição de tortura e o princípio da legalidade em direito penal (artigo 15.º da Convenção Europeia). Já nos casos de liberdade de expressão (em questões não políticas, como em questões de difamação) e direito à privacidade, a CEDH tem atribuído aos Estados uma certa margem de apreciação e nos casos de direitos de propriedade e direitos económicos a margem tem sido ampla²¹².

A Corte IDH, por sua vez, também não deixa nenhuma discricionariedade aos Estados em casos de desaparecimento forçado, execução extra-judicial, atos de tortura. A violação a direitos fundamentais, como direito à vida, à liberdade pessoal e à integridade pessoal, constitui a maior parte dos casos trazidos à Corte IDH (por exemplo, casos de detenção arbitrária, desaparecimento forçado, execução extrajudicial). Isso constitui uma diferença fundamental em relação à CEDH, que tem uma razão histórica: quando o sistema interamericano foi formado, a maioria dos países da América Latina era governada por ditaduras militares ou regimes autoritários, que perpetravam violações massivas de direitos humanos. Isso é crucial para compreender o pouco uso que fez da doutrina da margem de apreciação.

Também quanto a casos de grupos vulneráveis, como mulheres e indígenas, a Corte IDH considera o princípio da igualdade e o princípio da não-discriminação como *jus cogens*. Além disso, a Corte IDH impõe aos Estados o dever de implementar “ações afirmativas” na proteção destes grupos - ao que os Estados apresentam grande resistência.

PARTE I) DIREITOS GERAIS

3. DIREITO À VIDA E À INTEGRIDADE PESSOAL

A Corte IDH refere-se à CEDH ao analisar as diversas conotações do grau de infração da integridade pessoa. No caso *Loayza Tamayo c. Peru*²¹³, a Corte IDH observa que a CEDH manifestou que, mesmo sem lesões, os sofrimentos físicos e morais, bem como as perturbações psíquicas durante os interrogatórios, são tratamentos desumanos.

212 Para uma crítica sobre a jurisprudência europeia no tocante à margem de discricionariedade concedida aos Estados ver a opinião do Juiz Pinto de Albuquerque junta ao acórdão da Corte Europeia proferido no caso *Correia de Matos c. Portugal (GC)*, n.º 56402/12, 4 de abril de 2018.

213 Corte IDH, *Loayza Tamayo c. Peru*, Mérito, Sentença de 17 de setembro de 1997, Série C No. 33, § 57.

O caráter degradante expressa-se neste comportamento que, com o fim de humilhar, degradar e romper a resistência física e moral da vítima, provoca-lhe medo, angústia e sentimento de inferioridade, como a CEDH argumentou no caso *Irlanda c. Reino Unido*²¹⁴. A Corte IDH considera também que a vulnerabilidade de uma pessoa que tenha sido ilegalmente detida é um agravante, como evocou a CEDH no caso *Ribitsch c. Áustria*²¹⁵. No caso *Caesar c. Trindade e Tobago*²¹⁶, a Corte IDH refere-se à CEDH, que sustentou que deve haver um mínimo de gravidade para que um tratamento seja considerado como desumano e degradante.

A referência à CEDH é fundamental na argumentação da Corte IDH quanto à “tortura psicológica”. No caso *Cantoral Benavides c. Peru*²¹⁷, a Corte IDH salienta como a CEDH desenvolveu esse conceito, associando-o ao risco real e imediato das condutas proibidas no artigo 3 da Convenção Europeia. A CEDH, observa a Corte IDH, considera assim que ameaçar torturar é já um tratamento desumano, devendo-se considerar que o artigo 3 é violado não apenas quando há sofrimento físico, mas também quando há angústia moral.

No caso *Bámaca Velásquez c. Guatemala*²¹⁸, a Corte IDH ressalta que a CEDH alegou que, em situação de detenção ilegal, a pessoa corre o risco de que sejam violados seus direitos à integridade física e a ser tratada com dignidade²¹⁹. Ainda nesse caso, a Corte IDH observa que a CEDH também concebeu que isolar e deixar alguém incomunicável pode caracterizar um tratamento cruel e desumano²²⁰, pois a incomunicabilidade produz sofrimentos morais e perturbações psíquicas, deixando o detido em uma situação de particular vulnerabilidade, e aumentando o risco de agressão e arbitrariedade nos centros de detenção²²¹. Em consonância com a jurisprudência da CEDH, a Corte IDH afirmou que deixar alguém em situação de incomunicabilidade pode atentar contra a dignidade humana e deve por isso ser uma exceção²²².

No caso *Massacres de Ituango c. Colômbia*²²³, a Corte IDH refere-se à CEDH para justificar como a destruição de casas e o deslocamento forçado constituem violação ao direito à integridade. Em casos semelhantes, argumenta a Corte IDH, a CEDH reco-

214 CEDH, *Irlanda c. Reino Unido*, No. 5310/71, 18 de janeiro de 1978, Série A No. 25, § 167.

215 CEDH, *Ribitsch c. Áustria*, No. 18896/91, 4 de dezembro de 1995, Série A No. 336, § 36.

216 Corte IDH, *Caesar c. Trindade e Tobago*, Sentença de 11 de março de 2005, Série C No. 123, § 67.

217 Corte IDH, *Cantoral Benavides c. Peru*, Mérito, Sentença de 18 de agosto de 2000, Série C No. 69, § 102.

218 Corte IDH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, Mérito, Sentença de 25 de novembro de 2000, Série C No. 70, § 150.

219 CEDH, *Irlanda c. Reino Unido*, No. 5310/71, 18 janeiro 1978, Série A No. 25, § 167. Cf. Corte IDH, *Cantoral Benavides c. Peru*, Mérito, Sentença de 18 de agosto de 2000, Série C No. 69, § 90; Corte IDH, “*Meninos de Rua*” (*Villagrán Morales e outros*) *c. Guatemala*, Mérito, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C No. 63, § 166;

220 Corte IDH, *Fairén Garbí e Solís Corrales c. Honduras*, Mérito, Sentença de 15 de março de 1989, Série C No. 6, § 149; Corte IDH, *Godínez Cruz c. Honduras*, Mérito, Sentença de 20 de janeiro de 1989, Série C No. 5, §§ 164 e 197; e *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Mérito, Sentença de 29 de julho de 1988, Série C No. 4, §§ 156 e 187.

221 Cf. Corte IDH, *Castillo Petruzzi e outros c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de maio de 1999, Série C No. 52, § 195; Corte IDH, *Suárez Rosero c. Equador*, Mérito, Sentença de 12 de novembro de 1997, Série C No. 35, § 90.

222 Cf. Corte IDH, *Cantoral Benavides c. Peru*, Mérito, Sentença de 18 de agosto de 2000, Série C No. 69, § 82; Corte IDH, *Suárez Rosero c. Equador*, Mérito, Sentença de 12 de novembro de 1997, Série C No. 35, § 90.

223 Corte IDH, *Massacres de Ituango c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de julho de 2006, Série C No. 148, § 273.

nehece que tais fatos são tratamento desumano. A Corte IDH menciona o caso *Ayder c. Turquia*, no qual a CEDH reputou como tratamento desumano queimar as casas das vítimas diante de seus olhos. Também no caso *Bilgin c. Turquia*, a CEDH considerou como tratamento desumano das forças de segurança turcas destruir a vivenda da vítima. E no caso *Selçuk c. Turquia*, a CEDH julgou como tratamento desumano a destruição das casas das vítimas, causando seu deslocamento.

A Corte IDH remete também à jurisprudência da CEDH para justificar como a violação do direito à saúde pode constituir uma violação do direito à integridade pessoal. No caso *Vera Vera e outra c. Equador*²²⁴, a Corte IDH examina como a jurisprudência da CEDH tem considerado que um tratamento médico negligente ou deficiente de pessoas privadas de liberdade foi de tal ordem que implicou violação do artigo 3 da Convenção Europeia.

Num outro caso²²⁵, a Corte IDH lembra que a detenção de uma pessoa enferma pode caracterizar violação do art. 3 da Convenção Europeia. Assim é que a CEDH determinou que se há falta de assistência médica de emergência e especializada adequada, deterioração excessiva da saúde física e mental, dor severa ou prolongada por falta de atendimento médico adequado, condições excessivas de segurança apesar do estado de saúde grave, isso pode ser caracterizado como tratamento desumano ou degradante da pessoa privada de liberdade²²⁶.

A Corte IDH remete à jurisprudência da CEDH também para justificar como pode se considerar que foi ferido o direito à integridade pessoal de familiares de vítimas de violações dos direitos humanos. Assim, no caso *“Meninos de Rua” (Villagrán Morales e otros) c. Guatemala*²²⁷, a Corte IDH sublinha que a CEDH já manifestou que a mãe cujo filho, após ser detido, desapareceu, é também vítima de tratamentos desumanos e degradantes. A Corte IDH lembra que a CEDH valorou a circunstância do caso, a gravidade do maltrato, a circunstância de não dispor de informação oficial para esclarecer o mesmo e o fato de ser mãe de uma vítima de violação dos Direitos Humanos. Esse caso da CEDH foi também destacado pela Corte IDH no caso *Bámaca Velásquez c. Guatemala*²²⁸. A Corte IDH frisou então como a CEDH desenvolveu ainda mais esse conceito²²⁹, contemplando também a proximidade do vínculo familiar, as circunstâncias de relação com a vítima, como tentou obter informações e a resposta dada pelo Estado.

224 Corte IDH, *Vera Vera e outra c. Equador*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 19 de maio de 2011, Série C. No. 226, § 76.

225 Corte IDH, *Vera Vera e outra c. Equador*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 19 de maio de 2011, Série C. No. 226, § 76.

226 Corte IDH, *Vera Vera e outra c. Equador*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 19 de maio de 2011, Série C. No. 226, § 77.

227 Corte IDH, *“Meninos de Rua” (Villagrán Morales e outros) c. Guatemala*, Mérito, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C No. 63, § 176.

228 Corte IDH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, Mérito, Sentença de 25 de novembro de 2000, Série C No. 70, § 162.

229 Corte IDH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, Mérito, Sentença de 25 de novembro de 2000, Série C No. 70, § 163.

A Corte IDH remete à jurisprudência da CEDH para decidir também sobre casos especiais de proteção. No caso *Quispialaya Vilcapoma c. Peru*²³⁰, a Corte IDH lembra que o TEDH, apreciando a situação específica dos militares, declarou que o serviço militar deve ser realizado com respeito pela dignidade humana, que o treinamento militar não pode sujeitar o indivíduo a um nível excessivo de angústia ou sofrimento e que sua saúde e bem-estar devem ser devidamente protegidos por uma assistência médica adequada²³¹.

Também em vários casos de desaparecimento forçado a Corte IDH menciona a jurisprudência da CEDH. No caso *Radilla Pacheco c. México*²³², a Corte IDH, ao conceber como elementos do desaparecimento forçado a privação da liberdade, a intervenção direta ou o consentimento dos agentes estatais, bem como a negação de reconhecer a detenção e revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa, ressalta que esta definição é consistente com a da jurisprudência da Corte Europeia. No caso *Chitay Nech e outros c. Guatemala*²³³ assim como no caso *Gudiel Álvarez e outros ("Diário Militar") c. Guatemala*²³⁴, a Corte IDH recorda que estes elementos são destacados pela Corte Europeia. A Corte IDH é precursora de uma perspectiva abrangente da gravidade e do caráter contínuo, ou permanente e autônomo, do desaparecimento forçado, uma perspectiva que ela considera compatível com a europeia, como se pode ver no caso *Radilla Pacheco c. México*²³⁵. Quanto à prova do desaparecimento forçado, no caso *Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos do Palácio da Justiça) c. Colômbia*²³⁶, a Corte IDH realça que a CEDH indicou que, nos casos nos quais não se demonstrou a detenção de uma pessoa por autoridades estatais, pode-se presumir ou inferir a detenção se a pessoa estava em um lugar sob controle do Estado e não foi mais vista.

230 Corte IDH, *Quispialaya Vilcapoma c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de novembro de 2015, Série C No. 308, § 120.

231 CEDH, *Chember c. Rússia*, No. 7188/03, 3 de julho de 2008, § 50, e CEDH, *Placi c. Itália*, No. 48754/11, 21 de janeiro de 2014, § 51.

232 Corte IDH, *Radilla Pacheco c. México*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de novembro de 2009, Série C No. 209, § 140. No mesmo sentido, ver: Corte IDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolívia*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de setembro de 2010, Série C No. 217, § 60; *Torres Millacura e outros c. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de agosto de 2011, Série C No. 229, § 95; Corte IDH, *Contreras e outros c. El Salvador*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2011, Série C No. 232, § 82; Corte IDH, *Osorio Rivera e Familiares c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de novembro de 2013, Série C No. 274, § 113.

233 Corte IDH, *Chitay Nech e outros c. Guatemala*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de maio de 2010, Série C No. 212, § 85. No mesmo sentido, ver: Corte IDH, *Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2010, Série C No. 219, § 104.

234 Corte IDH, *Gudiel Álvarez e outros ("Diário Militar") c. Guatemala*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2012, Série C, No. 253, § 193. No mesmo sentido ver: Corte IDH, *García e Familiares c. Guatemala*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29 de novembro de 2012, Série C No. 258, § 97; Corte IDH, *Rochac Hernández e outros c. El Salvador*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 14 de outubro de 2014, Série C No. 285, § 95.

235 Corte IDH, *Radilla Pacheco c. México*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de novembro de 2009, Série C No. 209, § 140. No mesmo sentido, ver: Corte IDH, *González Medina e Familiares c. República Dominicana*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 27 de fevereiro de 2012, Série C No. 240, § 128; Corte IDH, *Massacres de Rio Negro c. Guatemala*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 4 de setembro de 2012, Série C No. 250, § 115; Corte IDH, *García e Familiares c. Guatemala*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29 de novembro de 2012, Série C No. 258, § 97.

236 Corte IDH, *Rodríguez Vera e outros ("Desaparecidos do Palácio da Justiça") c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 14 de novembro de 2014, Série C No. 287, § 232.

4. DIREITO À LIBERDADE

Quanto ao direito à liberdade, há uma diferença fundamental entre as Cortes. Tal como a Corte IDH analisa no caso *Vélez Loor c. Panamá*²³⁷, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (2), diferentemente da Convenção Europeia, não estabelece explícita ou taxativamente circunstâncias legítimas para justificar uma medida privativa de liberdade.

A Corte IDH observa como o direito de ser levado sem demora perante um juiz e o direito a ser julgado dentro de um prazo razoável ou ser posto em liberdade, sem prejuízo que continue o processo, está previsto tanto no artigo 7.5 da Convenção Americana como no artigo 5 da Convenção Europeia. Assim, no caso *Castillo Petruzzi e outros c. Peru*²³⁸, a Corte IDH frisa que, conforme a jurisprudência da Corte Europeia, a disposição do artigo 5 da Convenção Europeia implica em levar a pessoa detida imediatamente perante um juiz.

Esse direito deve ser assegurado “sem demora”, enfatiza a Corte IDH, de acordo com a jurisprudência da CEDH. No caso *Bámaca Velásquez c. Guatemala*²³⁹, a Corte IDH enfatiza que, como a CEDH, considera importante o pronto controle judicial das detenções, a fim de prevenir arbitrariedades. A mesma referência à CEDH é feita também no caso *Yvon Neptune c. Haiti*²⁴⁰.

A Corte IDH remete ainda à CEDH ao considerar que se o direito a ser julgado dentro de um prazo razoável não puder ser garantido, então deve-se por o suposto agente em liberdade, definindo-se quais as condições desta liberdade. No caso *Andrade Salmón c. Bolívia*²⁴¹, a Corte IDH reporta que a CEDH assinalou que o artigo 5.3. da Convenção Europeia tem por finalidade garantir o comparecimento à audiência. Este artigo, tal como o art. 7.5 da Convenção Americana, estabelece que a liberdade do processado pode ser condicionada a uma garantia que assegure que compareça a juízo²⁴². Esta garantia deve ser estabelecida de acordo com as circunstâncias da pessoa processada, a fim de evitar a fuga²⁴³.

237 Corte IDH, *Vélez Loor c. Panamá*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de novembro de 2010, Série C No. 218, § 168.

238 Corte IDH, *Castillo Petruzzi e outros c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de maio de 1999, Série C No. 52, § 108.

239 Corte IDH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, Mérito, Sentença de 25 de novembro de 2000, Série C No. 70, § 140. No mesmo sentido: Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 7 de junho de 2003, Série C No. 99, § 84; Corte IDH, *Maritza Urrutia c. Guatemala*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 27 de novembro de 2003, Série C No. 103, § 73; Corte IDH, *Tibi c. Equador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 7 de setembro de 2004, Série C No. 114, § 115; Corte IDH, *Acosta Calderón c. Equador*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de junho de 2005, Série C No. 129, § 77; Corte IDH, *Palamará Iribarne c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 de novembro de 2005, Série C No. 135, § 219.

240 Corte IDH, *Yvon Neptune c. Haiti*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 6 de maio de 2008, Série C No. 180, § 107.

241 Corte IDH, *Andrade Salmón c. Bolívia*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de dezembro de 2016, Série C No. 330, § 118.

242 A Corte IDH refere o seguinte caso da Corte Europeia: CEDH, *Mangouras c. Espanha*, No. 12050/04, Gran Sala, 28 de setembro de 2010, § 78.

243 A Corte IDH refere os seguintes caso da Corte Europeia: CEDH, *Neumeister c. Áustria*, No. 1936/63, 27 de junho de 1968, § 14. CEDH, *Iwanczuk c. Polónia*, No. 25196/94, 15 de novembro de 2001, § 66.

5. DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO, EXPRESSÃO E ASSOCIAÇÃO

A CEDH utiliza-se da “margem de apreciação” em alguns casos que envolvem o direito à liberdade de pensamento, expressão e associação e que são citados pela jurisprudência da Corte IDH. Contudo, a Corte IDH cita esses casos apenas no que diz respeito ao conteúdo substancial dos direitos e não à margem de apreciação. Isso pode ser observado já no caso *A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) c. Chile*, no qual a Corte IDH recorre à jurisprudência da CEDH a fim de afirmar a liberdade de pensamento e de expressão como a pedra fundamental de uma sociedade democrática. Nesse caso, é importante notar que a Corte IDH cita justamente o caso da CEDH que consagra pela primeira vez o método interpretativo da “margem de apreciação”: o caso *Handyside c. Reino Unido*. No caso *Handyside*, no qual o Governo Britânico confiscou exemplares de um livro considerado obsceno e a questão passou a ser o conflito entre a moral social e a liberdade de expressão (protegida pelo artigo 10 da CEDH), a CEDH entendeu o seguinte:²⁴⁴.

“ (...) não é possível encontrar no direito doméstico dos vários Estados Contratantes uma concepção europeia uniforme de moral. A visão sobre os direitos respectivos acerca dos requerimentos morais varia de tempos em tempos, e de lugar para lugar, especialmente em nossa era, que é caracterizada por uma rápida evolução de opiniões sobre o assunto. Em razão do contato contínuo e direto que possuem com as forças dos seus países, as autoridades estatais estão, em princípio, em uma posição privilegiada em relação a um juiz internacional para deliberar acerca do sentido exato desses requerimentos, bem como acerca da necessidade das restrições ou penalidades devidas para garanti-los. Consequentemente, o parágrafo 2 do artigo 10 confere aos Estados uma margem de apreciação”.

A Corte IDH não cita, contudo, este parágrafo 48 da sentença europeia que consagra a “margem de apreciação”, e sim apenas o parágrafo seguinte, o parágrafo 49. Esse parágrafo 49 diz respeito ao conteúdo substancial do direito e ao princípio da proporcionalidade. Ainda neste mesmo caso, a Corte IDH cita outros importantes casos europeus que consagram a margem de apreciação, mas evoca apenas os parágrafos que dizem respeito ao conteúdo do direito e não os parágrafos que indicam como método interpretativo da margem de apreciação. A Corte IDH cita assim o caso *Müller c. Suíça*, também um caso no qual a “obscenidade” foi confrontada com o direito à liberdade de expressão (artigos 9 e 10 da CEDH), e no qual a CEDH, à semelhança do que fez no caso *Handyside*, argumentou que a ausência de uma concepção uniforme de moral na Europa justificaria a utilização da margem de apreciação em favor do Estado. A Corte IDH cita também o caso *Otto Preminger Institute c. Áustria*, no qual estava em questão a proibição do filme *Visions of Ecstasy*, considerado ofensivo à religião católica. A Corte IDH evoca o parágrafo 49, que concerne o conteúdo do direito à liberdade de expres-

244 CEDH, *Handyside c. Reino Unido*, No. 5493/72, 7 de dezembro de 1976, Série A No. 24, § 48

são, mas não o parágrafo 50, que concerne a “margem de apreciação”. Nesse parágrafo (não citado pela Corte IDH), a CEDH argumentou o seguinte:

“Como no caso da “moral”, não é possível discernir em toda a Europa uma concepção uniforme do significado da religião na sociedade (ver o acórdão *Müller e outros c. Suíça*, Sentença de 24 de maio de 1988, Série A No. 133, p. 20, § 30, e p. 22, § 35); mesmo dentro de um único país, tais concepções podem variar. Por esse motivo, não é possível definir de modo abrangente o que constitui uma interferência permitida no exercício do direito à liberdade de expressão, quando essa expressão é direcionada contra os sentimentos religiosos de outras pessoas. Uma certa margem de apreciação deve, portanto, ser deixada às autoridades nacionais na avaliação da existência extensiva da necessidade de tal interferência.”²⁴⁵.

Assim, no caso *A Última Tentação de Cristo*” (*Olmedo Bustos e outros*) c. *Chile*²⁴⁶, a Corte IDH ressalta que a CEDH já assinalou que é sua função supervisionar os princípios próprios de uma sociedade democrática, que não existe sem pluralismo, tolerância e abertura. A Corte IDH lembra que a CEDH afirmou que a liberdade de expressão é um dos fundamentos essenciais da sociedade democrática, condição de seu progresso e do desenvolvimento dos seres humanos; que o artigo 10.2 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos vale não apenas para ideias consideradas inofensivas ou indiferentes, como também para aquelas que “chocam, inquietam ou ofendem o Estado ou uma parte de sua população”; que qualquer formalidade, condição, restrição ou sanção deve ser proporcional a um fim legítimo; e que também, por outro lado, quem exerce sua liberdade de expressão assume “deveres e responsabilidades”, conforme sua situação e o procedimento técnico utilizado”²⁴⁷.

O mesmo é reiterado no caso *Ivcher Bronstein c. Peru*²⁴⁸. A Corte Europeia, afirma a Corte IDH, não apenas reconheceu que a liberdade de expressão é o pilar da democracia, como ainda salientou o papel da imprensa e dos meios de comunicação enquanto instrumento da liberdade de expressão em uma sociedade democrática. Por isso, a imprensa e os meios de comunicação deveriam expressar as mais diversas informações e opiniões. Além disso, assim como a imprensa e os meios de comunicação têm a tarefa de transmitir informação e ideias de interesse público, o público tem também o direito de as receber²⁴⁹.

245 CEDH, *Otto-Preminger-Institut c. Áustria*, No. 13470/87, 20 de setembro de 1994, Série A No. 295-A, § 50.

246 Corte IDH, *A Última Tentação de Cristo*” (*Olmedo Bustos e outros*) c. *Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de fevereiro de 2001, Série C No. 73, § 69.

247 A Corte IDH cita os seguintes casos da Corte Europeia de Direitos Humanos: CEDH, *Handyside c. Reino Unido*, No. 5493/72, 7 de dezembro de 1976, Série A No. 24, § 49; CEDH, *The Sunday Times c. Reino Unido*, No. 6538/74, 26 de abril de 1979, Série A No. 30, §§ 59 e 65; CEDH, *Barthold c. Alemanha*, No. 8734/79, 25 de março de 1985, Série A No. 90, § 55; CEDH, *Lingens c. Áustria*, No. 9815/82, 8 de julho de 1986, Série A No. 103, § 41; CEDH, *Müller e outros c. Suíça*, No. 10737/84, 24 de maio de 1988, Série A No. 133, § 33; e CEDH, *Otto-Preminger-Institut c. Áustria*, No. 13470/87, 20 de setembro de 1994, Série A No. 295-A, § 49.

248 Corte IDH, *Ivcher Bronstein c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 6 de fevereiro de 2001, Série C No. 74, § 152.

249 Corte IDH, *Ivcher Bronstein c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 6 de fevereiro de 2001, Série C No. 74, § 153.

No caso *Herrera Ulloa c. Costa Rica*²⁵⁰, a Corte IDH evoca os dois casos anteriores como precedentes²⁵¹, enfatizando, tal como aqueles dois casos o fizeram, a jurisprudência do Corte Europeia²⁵². No entanto, a Corte IDH confere neste caso uma discricionariedade aos Estados que é considerada por alguns autores como uma utilização implícita da margem de apreciação. Neste caso, no qual um jornalista foi condenado por crime de publicar ofensas difamatórias, a Corte IDH, tendo de examinar a alegada violação de liberdade de expressão, declarou o seguinte:

*“O controle democrático, por parte da sociedade através da opinião pública, fomenta a transparência das atividades estatais e promove a responsabilidade dos funcionários sobre sua gestão pública, razão pela qual deve existir uma margem reduzida a qualquer restrição do debate político ou do debate sobre questões de interesse público”*²⁵³.

A Corte IDH cita dois casos da Corte Europeia que usam a doutrina da margem de apreciação: o caso *Feldek c. Eslováquia* e o caso *Sürek e Özdemir c. Turquia*. Do caso *Feldek c. Eslováquia*, a Corte IDH refere o parágrafo 83. A doutrina da margem de apreciação é evocada nos parágrafos 73 e 78. Já do caso *Sürek e Özdemir c. Turquia*, a Corte IDH refere o parágrafo 60. A doutrina da margem de apreciação é evocada nos parágrafos 58 e 61. Apesar de não usar a expressão “margem de apreciação”, a Corte IDH considera a necessidade de que haja casos reduzidos de restrições à liberdade de expressão, o que é similar à reduzida discricionariedade estatal adotada pela CEDH. No parágrafo seguinte, a Corte IDH declara que funcionários públicos e outras pessoas que exerçam funções de natureza pública devem gozar de uma certa abertura quanto a um debate sobre assuntos de interesse público, o que é “essencial para o funcionamento de um sistema verdadeiramente democrático”. A honra dessas pessoas deve ser juridicamente protegida, mas de acordo com os princípios do pluralismo democrático²⁵⁴. Esta “abertura” implica uma redução da discricionariedade nacional em restringir a liberdade de expressão. A Corte IDH reconhece então que os Estados têm uma margem de

250 Corte IDH, *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 2 de julho de 2004, Série C No. 107, §113.

251 A Corte IDH refere seus precedentes: Caso *Ivcher Bronstein*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 6 de fevereiro de 2001, Série C No. 74, § 152; Caso “*A Última Tentação de Cristo*” (*Olmedo Bustos e outros*), Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de fevereiro de 2001, Série C No. 73, § 69. No mesmo sentido, a Corte IDH menciona também o caso *Ricardo Canese c. Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2004, Série C No. 111, § 83.

252 A Corte IDH cita os mesmos casos que havia referido no caso “*A Última Tentação de Cristo*” (*Olmedo Bustos e outros*) c. *Chile*, e ainda acresce os seguintes: CEDH, *Schorschach and News Verlagsgesellschaft c. Austria*, No. 39394/98, 13 de fevereiro de 2004, § 29; CEDH, *Perna c. Itália*, n.º 48898/99, 6 de maio de 2003, § 39; CEDH, *Dichand e outros c. Austria*, No. 29271/95, 26 de fevereiro de 2002, § 37; CEDH, *Lehideux e Isorni c. França*, No. 24662/94, 23 de setembro de 1998, § 55; CEDH, *Castells c. Espanha*, No. 11798/85, 23 de abril de 1992, Série A. No. 236, § 42; CEDH, *Oberschlick c. Austria*, No. 11662/85, 25 de abril de 1991, § 57; CEDH, *Barthold c. Alemanha*, No. 8734/79, 25 de março de 1985, Série A No. 90, § 58.

253 Corte IDH, *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 2 de julho de 2004, Série C No. 107, §127. A Corte IDH remete ao caso *Ivcher Bronstein c. Peru*, Mérito, Reparação e Custas, Sentença de 6 de fevereiro de 2001, Série C No. 74, §155. A Corte menciona então os seguintes casos da Corte Europeia: CEDH, *Feldek c. Eslováquia*, No. 29032/95, 12 de julho de 2001, § 83; CEDH, *Sürek e Özdemir c. Turquia*, Nos. 23927/94 e 24277/94, 8 de julho de 1999, §60.

254 Corte IDH, *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 2 de julho de 2004, Série C No. 107, §128.

apreciação para regular os recursos judiciais, mas a supervisão internacional pode rever se o direito foi enfraquecido: “Apesar dos Estados terem uma margem de apreciação para regular o exercício deste recurso, não podem estabelecer restrições ou requisitos que infrinjam a essência mesma do direito de recorrer do caso”. Após este caso, a doutrina da “margem de apreciação” só foi mencionada em opiniões concorrentes ou parcialmente dissidentes.

A jurisprudência da CEDH é também evocada para sustentar que, se por um lado a liberdade de expressão é o pilar da democracia, por outro lado o jornalista deve basear sua opinião de modo razoável em fatos, a fim de que não haja manipulação destes. Desse modo, no caso *Mémoli c. Argentina*²⁵⁵, a Corte IDH ressalta que a Corte Europeia já assinalou que apesar do jornalista ser protegido pela liberdade de expressão, seu ofício deve ser exercido de acordo com os princípios de um jornalismo responsável e ético, pois o jornalista informa e também sugere a interpretação da informação que transmite. Desse modo, deve atuar de boa-fé, apresentar informações precisas e confiáveis, apresentar de modo objetivo as opiniões dos envolvidos no debate público e não cair em sensacionalismo.

A Corte IDH menciona também a jurisprudência da CEDH na análise sobre quem pode ser titular do direito de expressão e, mais precisamente, se pessoas jurídicas também seriam protegidas. No caso *Granier e outros (Radio Caracas Televisión) c. Venezuela*²⁵⁶, a Corte IDH frisou a existência de uma diferença entre a Convenção Americana e o Protocolo No. 1 do Convenção Europeia: enquanto a Convenção Americana não reconhece as pessoas jurídicas, a Convenção Europeia o faz²⁵⁷. Contudo, o indivíduo pode reivindicar seus direitos perante o sistema interamericano. A Corte IDH refere então²⁵⁸ como no caso *Groppera Radio AG e outros c. Suíça*, a Corte Europeia, ao ponderar sobre quem podia alegar ter sido afetado pela interrupção da transmissão de um meio-de-comunicação, considerou que o acionista de uma radiodifusora, seus empregados - os jornalistas - bem como seus ouvintes tinham um interesse direto na continuidade da transmissão, podendo então ser considerados como vítimas²⁵⁹.

Ainda quanto à titularidade do direito de expressão, a Corte IDH recorreu à jurisprudência do Corte Europeia para analisar, no caso *López Lone e outros c. Hon-*

255 Corte IDH, *Mémoli c. Argentina*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 22 de agosto de 2013, Série C No. 265, § 122. A Corte IDH refere como sendo no mesmo sentido o caso *Granier e outros (Radio Caracas Televisión) c. Venezuela*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 junho 2015, Série C No. 293, § 139.

256 Corte IDH, *Granier e outros (Radio Caracas Televisión) C. Venezuela*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 junho 2015, Série C No. 293, § 146.

257 Protocolo adicional à Convenção de Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, Paris, 20.3.1952. ARTIGO 1º, Protecção da propriedade: "Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens".

258 Corte IDH, *Granier e outros (Radio Caracas Televisión) c. Venezuela*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 de junho de 2015, Série C No. 293, § 150.

259 CEDH, *Groppera Radio AG e outros c. Suíça*, No. 10890/84, 28 de março de 1990, §§ 49, 50 e 51. A Corte IDH refere aqui também um outro caso da Corte Europeia: CEDH, *Glas Nadezhda Eood e Anatoliy Elenkov C. Bulgaria*, No. 14134/02, 11 de outubro de 2007, § 40.

*duras*²⁶⁰, a liberdade de expressão e de associação, bem como o direito de participar de manifestações políticas, por parte de pessoas que exercem funções jurisdicionais²⁶¹. A Corte IDH²⁶² ressaltou que, apesar de até o momento não ter precedentes para um caso deste tipo, a Convenção Americana garantia estes direitos a todas as pessoas. Contudo, a Corte IDH considerou também que estes direitos não são absolutos, e que juízes, pelas suas funções na administração da justiça, podem ser objeto de restrições compatíveis com a Convenção. A Corte IDH então referiu²⁶³ que a Corte Europeia igualmente assinalou que restrições à liberdade de expressão dos juízes são necessárias quando esta liberdade colocar em causa a autoridade e a imparcialidade da judicatura. Na análise desse mesmo caso, a Corte IDH recorreu à jurisprudência da Corte Europeia para analisar o conteúdo e as dimensões precisas deste direito de “expressar e difundir”, assegurado no artigo 13.1 da Convenção Americana²⁶⁴. Esse direito de expressar e difundir é também associado ao direito de associação, assegurado pelo artigo 15 da Convenção, que reconhece o direito de “reunião pacífica e sem armas”, sejam estas reuniões privadas ou em espaços públicos, estáticas ou com deslocamentos. A liberdade de expressão é exercida por excelência pela liberdade de se manifestar pública e pacificamente e esta manifestação, por sua vez, é tanto mais segura quando feita não isoladamente, mas em associação com outros. Assim, afirma a Corte IDH, o direito de associação é um direito fundamental em uma democracia e não deve ser interpretado restritivamente. A Corte IDH evoca então a Corte Europeia, que assinalou que o direito de associação é de tal importância que uma pessoa não pode ser sancionada por participar em uma manifestação que não tenha sido proibida (desde que não cometa nenhum ato repreensível durante a mesma).

A contrapartida do direito de se expressar livremente é o direito de livre acesso à informação, que inclui o direito de buscá-la e recebê-la. Ao ponderar sobre este direito no caso *Claude Reyes e outros c. Chile*²⁶⁵, a Corte IDH refere que, no âmbito do Conselho da Europa, a Assembleia Parlamentar, já em 1970, estabeleceu em uma Declaração que ao direito à liberdade de expressão corresponde o dever das autoridades públicas de tornar acessíveis as informações de interesse público, dentro dos limites razoáveis²⁶⁶. A Assembleia Parlamentar recomendou ainda ao Comité de Ministros do Conselho da

260 Corte IDH, *López Lone e outros c. Honduras*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de outubro de 2015, Série C No. 302.

261 Nesse caso, três juízes que haviam se oposto ao golpe de Estado ocorrido em 2009 em Honduras foram destituídos de seus cargos pela Corte Suprema.

262 Corte IDH, *López Lone e outros c. Honduras*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de outubro de 2015, Série C No. 302, § 169.

263 Corte IDH, *López Lone e outros c. Honduras*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de outubro de 2015, Série C No. 302, § 170.

264 Corte IDH, *López Lone e outros c. Honduras*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de outubro de 2015, Série C No. 302, § 167.

265 Corte IDH, *Claude Reyes e outros c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 19 de setembro de 2006, Série C No. 151, § 81.

266 Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, Resolução No. 428, 23 de janeiro de 1970.

Europa que o direito à liberdade de informação (artigo 10 da Convenção Europeia) fosse ampliado, eventualmente por um protocolo, a fim de incluir a liberdade de buscar informação (consagrada no artigo 19.2 do Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos), assim como o dever (sujeito a limitações apropriadas) das autoridades públicas de tornar acessível a informação de interesse público²⁶⁷. Em 1982, o Comité de Ministros definiu em sua “Declaração sobre a liberdade de expressão e informação” o objetivo de delinear uma política de abertura de informação no setor público²⁶⁸. Em 1998 foi adotada a “Convenção sobre o acesso à informação, participação do público na tomada de decisões e o acesso à justiça em assuntos ambientais” e em 2002 o Comité de Ministros do Conselho da Europa emitiu uma Recomendação sobre o direito de acesso a documentos oficiais em poder das autoridades públicas²⁶⁹. O princípio IV desta Recomendação acentua que exceções devem ser estabelecidas de modo preciso pela lei e serem proporcionais ao objetivo de proteção.

Quanto às restrições, no caso *Usón Ramírez c. Venezuela*²⁷⁰, a CIDH refere a jurisprudência da CEDH para estabelecer que o “direito dos demais” é um objetivo que permite restrições à liberdade de pensamento, expressão e associação. Nesse caso, a Corte IDH tem de determinar se a reputação das Forças Armadas justifica uma restrição da liberdade de expressão e se a sanção penal é justificada para quem não respeitar esta restrição²⁷¹. A Corte IDH refere-se então à CEDH²⁷², que considerou que a proteção do direito à reputação das companhias, e não só dos indivíduos, justifica a restrição ao direito de expressão no caso *Steel e Morris c. Reino Unido*²⁷³, bem como no caso *Kuliś e Różycki c. Polónia*²⁷⁴. Neste último, a CEDH assinalou que a proteção do direito à reputação de uma companhia era um “fim legítimo” nos termos do art. 10.2 da Convenção Europeia.

Na Opinião Consultiva *O registro profissional obrigatório de jornalistas*²⁷⁵, a Corte IDH pondera sobre “a ordem, a saúde e a moralidade pública” como objetivos que permitiriam restrições à liberdade de pensamento, expressão e associação. Contudo, antes de determinar os casos em que esta restrição é possível, a Corte IDH evoca a jurisprudência da CEDH para afirmar que a “a liberdade de expressão insere-se na ordem pública primária e radical da democracia”. A ordem pública exige a garantia das maiores

267 Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, Recomendação No. 582, 23 de janeiro de 1970.

268 Comité de Ministros, *Declaração sobre liberdade de expressão e informação*, 29 de abril de 1982.

269 Recomendação No. R (2002)2, 21 de fevereiro de 2002.

270 Corte IDH, *Usón Ramírez c. Venezuela*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2009, Série C No. 207, § 65.

271 Corte IDH, *Usón Ramírez c. Venezuela*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2009, Série C No. 207, § 62.

272 Corte IDH, *Usón Ramírez c. Venezuela*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2009, Série C No. 207, § 65.

273 CEDH, *Steel e Morris c. Reino Unido*, No. 68416/01, 15 de fevereiro de 2005.

274 CEDH, *Kuliś e Różycki c. Polónia*, No. 27209/03, 06 de outubro de 2009, §§ 34 e 35

275 Corte IDH, *O registro profissional obrigatório de jornalistas (Arts. 13 e 29 Convenção Americana de Direitos Humanos)*, Opinião Consultiva OC-5/85, 13 de novembro de 1985, Série A No. 5, § 69.

possibilidades de circulação de notícias, ideias e opinião, assim como o mais amplo acesso à informação, o debate livre e a manifestação da dissidência. A Corte IDH nota então que a Comissão Europeia de Direitos Humanos, baseando-se no Preâmbulo da Convenção Europeia, assinalou que o objetivo de aprovar a Convenção não foi satisfazer interesses nacionais, mas estabelecer uma ordem pública comum às democracias livres da Europa a fim de salvaguardar suas liberdades.²⁷⁶ A Convenção Americana também considera a liberdade de expressão e de acesso à informação como uma questão de ordem pública democrática²⁷⁷.

6. PROTEÇÃO JUDICIAL E PROCESSO DEVIDO

A jurisprudência da Corte IDH refere a jurisprudência da CEDH ao analisar tópicos fundamentais do direito à proteção judicial, consagrado no artigo 25 da CADH, tais como: seu alcance geral, o direito a um recurso efetivo para garantir os direitos, o direito a garantir o cumprimento das decisões judiciais (artigos 25.1 e 25.2), o direito a uma investigação diligente, a sanção dos responsáveis e a reparação das vítimas no caso de violações dos direitos humanos.

Assim, a Corte IDH recorre à jurisprudência da CEDH para estabelecer o alcance geral da proteção judicial, particularmente o direito ao recurso, no caso *Barbani Duarte e outros c. Uruguai*²⁷⁸. Nesse caso, a Corte IDH afirma que a jurisprudência da CEDH irá levar em conta o desenvolvimento jurisprudencial da CEDH para casos nos quais se submete a órgãos judiciais o conhecimento de uma decisão administrativa prévia que se alega violar os direitos de alguém. Referindo a jurisprudência europeia, a Corte IDH estabelece que os fatos que importa analisar são: a) a competência do órgão judicial; b) o tipo de matéria sobre a qual se pronunciou o órgão administrativo, se envolvia conhecimento técnicos ou especializados; c) o objeto da controvérsia levada ao órgão judicial, incluindo as alegações de fato e de direito; d) as garantias do devido processo perante o órgão judicial. Ainda conforme a jurisprudência europeia, a Corte IDH considera que para que se preserve o direito a um recurso efetivo (CADH, artigo 25), tal recurso deve ser tramitado conforme as regras do devido processo (CADH, artigo 8)²⁷⁹. Nesse mesmo caso, a Corte IDH refere a jurisprudência da CEDH para definir o direito um recurso efetivo. Assim, a Corte IDH afirma coincidir com a CEDH por entender que existe uma revisão judicial suficiente quando o órgão judicial examina todas as alegações e argumentos submetidos a seu conhecimento sobre a decisão do órgão

276 Referência da Corte IDH a: Comissão Europeia dos Direitos Humanos, *Áustria c. Itália*, No.788/60, 11 de janeiro de 1961. *European Yearbook of Human Rights*, vol.4, (1961), pág. 138.

277 Corte IDH, *Ivcher Bronstein c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 6 de fevereiro de 2001, Série C No. 74, § 151.

278 Corte IDH, *Barbani Duarte e outros c. Uruguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 13 de outubro de 2011, Série C No. 234.

279 Corte IDH, *Barbani Duarte e outros c. Uruguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 13 de outubro de 2011, Série C No. 234, § 203.

administrativo. Não há uma revisão judicial se o órgão judicial está impedido de determinar o objeto principal da controvérsia, como ocorre se é limitado por determinações do órgão administrativo. A Corte IDH frisa ser importante destacar que a CEDH considera o recurso efetivo se contar com uma revisão judicial suficiente, mesmo quando o órgão judicial não estava facultado a analisar todos os aspetos de uma decisão administrativa, como ocorre quando é limitado por determinações fáticas ou jurídicas do órgão administrativo²⁸⁰. O órgão judicial pode ser capaz de anular a decisão sob pressupostos distintos, como uma incorreta interpretação dos fatos e da lei²⁸¹.

Esse posicionamento da Corte IDH é reiterado no caso *Trabajadores Demitidos da Petroperu e outros c. Peru*. A Corte IDH destacou que, como já anteriormente mencionado, a argumentação de um caso deve permitir conhecer quais os fatos, motivos e normas em que a autoridade se baseou em sua decisão, a fim de descartar qualquer indício de arbitrariedade. A Corte IDH cita então o Tribunal Europeu em sua ponderação de que um recurso “é eficaz se tiver uma revisão judicial suficiente, mesmo que o órgão judicial não tenha poderes para analisar todos os aspectos de uma decisão administrativa, se este puder anular a referida decisão sob diferentes premissas, incluindo uma interpretação incorreta dos fatos ou da lei”²⁸².

A Corte IDH recorre à jurisprudência da CEDH também a fim de definir o direito a garantir o cumprimento das decisões judiciais, previsto nos artigos 25.1 e 25.2.c da CADH. Segundo este último, os Estados Partes se comprometem a: “garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão na qual se tenha estimado procedente o recurso”. A Corte IDH pondera que a proteção judicial é ilusória se, em casos de violações de direitos humanos, as decisões judiciais não são implementadas, ou o são tardiamente. No caso *Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e Aposentados da Controladuría”) c. Peru*²⁸³, a Corte IDH observa que se a Convenção Europeia não tem um artigo equivalente ao artigo 25.2.c da CADH, a jurisprudência da CEDH referiu as mesmas exigências ao se pronunciar sobre o artigo 6 da Convenção Europeia, sobre o direito a um processo equitativo. A Corte IDH reporta que a CEDH, no caso *Hornsby c. Greece*²⁸⁴, declarou que o direito à proteção judicial seria ilusório se o sistema legal do Estado Parte permitisse que uma resolução final e de cumprimento obrigatório permanesse inoperante. Seria inconcebível que o Art. 6, §1 descrevesse em detalhe todas as garantias processuais sem proteger a implementação de decisões judiciais e incompatí-

280 Corte IDH, *Barbani Duarte e outros c. Uruguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 13 de outubro de 2011, Série C No. 234, § 204

281 Corte IDH, *Barbani Duarte e outros c. Uruguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 13 de outubro de 2011, Série C No. 234, § 210

282 CEDH, *Sigma Radio Television Ltd. c. Chipre*, Nos. 32181/04 e 35122/05, 21 de julho de 2011, § 154.

283 Corte IDH, *Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e Aposentados da Controladuría”) c. Peru*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de julho de 2009, Série C No. 198, § 71.

284 CEDH, *Hornsby c. Grécia*, No. 18357/91, 19 de março de 1997, § 40.

vel com os princípios de um Estado de Direito²⁸⁵. A execução de uma sentença integra, portanto, o “juízo”, nos termos do artigo 6²⁸⁶. A Corte Europeia também aceitou este princípio nos casos concernentes à extensão dos procedimentos²⁸⁷.

Ainda quanto ao direito a garantir o cumprimento das decisões judiciais, a Corte IDH cita a jurisprudência da CEDH no caso *Mejía Idrovo c. Equador*²⁸⁸. A Corte IDH, afirmando que a execução das sentenças deve tornar efetivos os princípios de tutela judicial, devido processo, segurança jurídica, independência judicial e Estado de Direito, reitera que concorda com a CEDH quando esta considera que a execução da sentença, para ser plenamente efetiva, deve ser completa, perfeita, integral e sem demora²⁸⁹.

A jurisprudência da CEDH sobre proteção judicial é também referida pela Corte IDH em casos que envolvem violações de Direitos Humanos. O artigo 25 da CADH sobre proteção judicial reconhece como elemento central o direito a um recurso. A jurisprudência da Corte IDH, referindo-se à jurisprudência da CEDH, desenvolve a conceção de que este direito a um recurso implica que as violações a Direitos Humanos sejam investigadas de forma diligente, que os responsáveis sejam punidos e que haja reparação às vítimas. Assim, no caso *González e outras (“Campo Algodoeiro”) c. México*²⁹⁰, a Corte IDH refere a jurisprudência da CEDH para afirmar que o dever de investigar efetivamente tem alcances adicionais quando uma mulher é assassinada, maltratada ou afetada em sua liberdade pessoal no contexto geral da violência contra mulheres. No mesmo sentido, ressalta a Corte IDH, a CEDH considerou que quando um ataque é motivado por razões de raça, é particularmente importante que a investigação seja realizada com vigor e imparcialidade, condenando o racismo e assegurando às minorias que as autoridades protegem-nas da violência racial, critério que se aplica também ao alcance da “devida diligência” nas investigações nos casos de violência por razão de gênero.

7. DIREITOS POLÍTICOS

A jurisprudência da Corte IDH, ao desenvolver o artigo 23 da CADH sobre os direitos político-eleitorais, apesar de não mencionar a doutrina da “margem de apreciação”, concedeu discricionariedade aos Estados quanto às restrições legítimas aos direitos

285 A CEDH remete ao caso *Golder c. Reino Unido*, No. 4451/70, 21 de fevereiro de 1975, Série A, No. 18, §§ 16-18, §§ 34-36.

286 Casos da CEDH referidos pela Corte IDH: CEDH, *Hornsby c. Grécia*, No. 18357/91, 19 de março de 1997, §. 40; *Popov c. Moldova*, No. 74153/01, 18 de janeiro de 2005, §. 40; *Assanidze c. Geórgia*, No. 71503/01, 8 de abril de 2004, § 182; *Jasiūniene c. Lituânia*, No. 41510/98, 6 de março de 2003, § 27; *Burdov c. Rússia*, No. 59498/00, 7 de maio de 2002, §34.

287 A CEDH remete aos seguintes casos: CEDH, *Di Pede c. Itália*, No. 15797/89, 26 de setembro de 1996, §§ 20-24; CEDH, *Zappia c. Itália*, No. 24295/94, 26 de setembro de 1996, §§ 16-20.

288 Corte IDH, *Mejía Idrovo c. Equador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de julho de 2011, Série C No. 228, § 105.

289 No mesmo sentido: Corte IDH, *Furlan e familiares c. Argentina*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2012, Série C, No. 246, § 210.

290 Corte IDH, *González e outras (“Campo Algodoeiro”) c. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 de novembro de 2009, Série C No 205, § 293.

políticas, referindo-se à jurisprudência europeia. Assim, no caso *Yatama c. Nicarágua*²⁹¹, a Corte IDH considerou que requisitos para o exercício de direitos políticos não constituem por si uma restrição indevida aos direitos políticos, pois estes não são absolutos, e assim podem ser limitados, desde que observados os princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade. A restrição deve ser prevista por lei, não ser discriminatória, basear-se em critérios razoáveis, ter um propósito útil e oportuno que a torne necessária para um interesse público imperativo, e ser proporcional a este objetivo. No caso de haver várias opções para satisfazer este interesse público imperativo, deve-se escolher a que restrinja menos o direito protegido e tenha maior proporcionalidade com o propósito almejado²⁹².

Também no caso *Castañeda Gutman c. México* a Corte IDH concedeu discricionariedade aos Estados para restringir legitimamente direitos político-eleitorais referindo-se à jurisprudência europeia²⁹³. A Corte IDH lembrou que no âmbito regional a CEDH, desde o primeiro caso em que se pronunciou sobre o direito a votar e a ser eleito (artigo 3 do Protocolo 1 da Convenção Europeia), frisou que esta disposição não cria a obrigação de estabelecer um sistema eleitoral específico. Ressaltou que há diferentes maneiras de organizar e implementar um sistema eleitoral, conforme o desenvolvimento histórico, a diversidade cultural e o pensamento políticos dos Estados. A CEDH, acentua a Corte IDH, enfatizou que a legislação eleitoral deve ser analisada no contexto do país em causa, pois aspetos inaceitáveis no contexto de um sistema podem estar justificados em outros.

8. DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS

Os direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, consolidados na Convenção Americana e em vários tratados internacionais, são na prática, em sua grande parte, deixados à discricionariedade dos Estados, mesmo sem menção à “margem de apreciação”. Apesar dos princípios da “indivisibilidade” e da “interdependência” (ou “inter-relação”) de todos os direitos humanos, consagrados em diversos documentos, a Corte IDH priorizou durante muito tempo a defesa dos direitos gerais. Apenas recentemente os direitos económicos, sociais, culturais e ambientais começaram a ser efetivamente protegidos, e no início de modo indireto, mediante a proteção de direitos civis. Além disso, há ainda considerável divergência entre os juízes da Corte quanto à proteção destes direitos.

291 Corte IDH, *Yatama c. Nicarágua*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de junho de 2005, Serie C No. 127, §206.

292 A Corte IDH refere os seguintes casos: Corte IDH, *Ricardo Canese c. Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2004, Série C No. 111, §§ 96 e 133; Corte IDH, *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 2 de julho de 2004, Serie C No. 107, §§ 121 e 123; *O registro profesional dos jornalistas* (arts. 13 e 29 CADH), Opinião Consultiva OC-5/85, 13 de novembro de 1985, Série A No. 5, §46. Da Corte Europeia, a Corte IDH refere: CEDH, *Barthold c. Alemanha*, No. 8734/79, 25 de março de 1985, Série A No. 90, § 58; CEDH, *The Sunday Times c. Reino Unido*, No. 6538/74, 26 de abril de 1979, Série A No. 30, § 59.

293 Corte IDH, *Castañeda Gutman c. México*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 6 de agosto de 2008, Serie C No. 184, § 165.

Os princípios dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais têm sido delineados pela jurisprudência da Corte IDH com frequente remissão à jurisprudência do Corte Europeia. No caso *Acevedo Buendía e outros* (“*Demitidos e Aposentados da Controladoria*”) *c. Peru*²⁹⁴, a Corte IDH frisa a interdependência dos direitos sociais, económicos e culturais com os civis e políticos, e a inexistência de uma hierarquia entre eles. A Corte IDH evoca então a jurisprudência da CEDH, que no caso *Airey c. Irlanda* frisou que, apesar de não ignorar que a progressiva realização destes direitos depende da situação económica de cada Estado, e que a Convenção Europeia reconhece direitos que são essencialmente civis e políticos, considera que grande parte deles têm natureza económica e social. Portanto, uma interpretação da Convenção Europeia pode estender-se a direitos económicos e sociais, dado que não há uma separação significativa entre estes direitos e os direitos civis e políticos salvaguardados pela Convenção²⁹⁵. A Corte IDH trata assim nesse caso peruano da relação dos direitos económicos, sociais culturais e ambientais com o desenvolvimento progressivo, bem como com o direito de acesso à justiça (artigos 8 e 25 CADH).

Outro exemplo no qual os princípios dos direitos económicos, sociais e culturais são também determinados pela jurisprudência da Corte IDH com remissão à jurisprudência do Corte Europeia pode ser encontrado no caso *Ramírez Escobar e outros c. Guatemala*²⁹⁶. A Corte IDH julga que a carência de recursos materiais não pode fundamentar uma decisão judicial ou administrativa de separar a criança de sua família. Também a jurisprudência da CEDH, salienta a Corte IDH, deliberou que a pobreza não pode justificar a separação da criança de sua família e confirmou a obrigação positiva dos Estados de criar um ambiente mais favorável para a criança por meio de auxílio financeiro específico ou assistência social.

O princípio da proibição de discriminação em função da saúde é afirmado pela jurisprudência da Corte IDH com remissão à jurisprudência da CEDH. No caso *Gonzales Lluy e outros c. Equador*²⁹⁷, a Corte IDH elucida como a Corte Europeia, no caso *Kiyutin c. Rússia*, interpretou como discriminatório negar o direito de residência pelo fato da vítima ter HIV, sem considerar seu estado real de saúde e seus vínculos familiares que o ligavam à Rússia. Assim, a Corte Europeia reconheceu o estado de vulnerabilidade das pessoas com HIV/SIDA e os preconceitos de que têm sido vítimas.

A Corte IDH remete então à jurisprudência da CEDH para analisar a relação entre os direitos económicos, sociais e culturais, por um lado, e os direitos convencio-

294 Corte IDH, *Acevedo Buendía e outros* (“*Demitidos e Aposentados da Controladoria*”) *c. Peru*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de julho de 2009, Série C No. 198, § 101.

295 CEDH, *Airey c. Irlanda*, No. 6289/73, Sentença de 9 de outubro de 1979, Série A, No. 32, § 26.

296 Corte IDH, *Ramírez Escobar e outros c. Guatemala*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 9 de março de 2018, Série C No. 3519, § 279.

297 Corte IDH, *Gonzales Lluy e outros c. Equador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de setembro de 2015, Série C No. 298, § 259.

nais, por outro lado. Desse modo, ainda neste mesmo caso, a Corte IDH relaciona os direitos económicos, sociais e culturais com o direito à vida²⁹⁸ (art. 4 CADH), ressaltando que o Estado tem a obrigação de prover serviços públicos e proteger o bem público respetivo. Assim, conforme já elucidou em casos anteriores, o Estado tem o dever de supervisão e fiscalização quando o serviço de saúde é prestado por uma entidade privada, como é o caso de um hospital privado. Mas esteja o paciente internado em um hospital público ou em um hospital privado que tenha um convênio ou contrato com o Estado, em ambos os casos o paciente está sob os cuidados do Estado²⁹⁹. Tal é também, lembra a Corte IDH, a posição da CEDH, que já apreciou que o Estado tem o dever de outorgar licenças, supervisionar, fiscalizar e controlar as instituições privadas (como no caso de um hospital privado), a fim de proteger o bem público respetivo. Em consequência, o Estado pode ser responsabilizado por omissão de cumprir o dever de supervisionar a prestação do serviço³⁰⁰.

A relação entre os direitos económicos, sociais e culturais, por um lado, e os direitos convencionais, por outro lado, é analisada pela Corte IDH em vários casos referente ao direito à integridade pessoal (artigo 5 da CADH). No caso *Tibi c. Equador*³⁰¹, a Corte IDH destaca como a Corte Europeia sustentou, conforme o artigo 3 da Convenção Europeia, que o Estado deve assegurar que a pessoa detida tenha condições compatíveis com o respeito pela sua dignidade humana, sem que a angústia ou dificuldade exceda o limite inevitável à detenção, e que a saúde e o bem-estar sejam assegurados adequadamente, dispondo da assistência médica requerida. No mesmo sentido, no caso *Vera Vera e outra c. Equador*³⁰², a Corte IDH remete à jurisprudência da Corte Europeia, que considera que nos casos nos quais houve um tratamento médico negligente ou deficiente de pessoas privadas de liberdade, pode-se considerar que o Estado violou o art. 3 da Convenção Europeia, que proíbe tratamentos cruéis, humanos e degradantes. Ainda, salienta a Corte Europeia, a detenção de uma pessoa enferma pode ser questionada perante o artigo 3 da Convenção³⁰³. A Corte IDH³⁰⁴ realça como a CEDH considerou que se pode avaliar se foi dado um tratamento desumano ou degradante à pessoa privada de liberdade observando fatores como: a falta de assistência médica de

298 Corte IDH, *Gonzales Lluy e outros c. Equador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de setembro de 2015, Série C No. 298, § 184.

299 Corte IDH, *Ximenes Lopes c. Brasil*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 4 de julho de 2006, Série C No. 149, § 95; Corte IDH, *Suárez Peralta c. Equador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 21 de maio de 2013, Série C No. 261, § 144.

300 Corte IDH, *Albán Cornejo e outro. c. Equador*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 de novembro de 2007, Série C No. 171, § 119; Corte IDH, *Suárez Peralta c. Equador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 21 de maio de 2013, Série C No. 261, § 150.

301 Corte IDH, *Tibi c. Equador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 7 de setembro de 2004, Série C No. 114, § 155.

302 Corte IDH, *Vera Vera e outra c. Equador*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 19 de maio de 2011, Série C, No. 226, § 76.

303 CEDH, *Sarban c. Moldova*, No. 3456/05, 4 de janeiro de 2006, §§ 75 e 76.

304 Corte IDH, *Vera Vera e outra c. Equador*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 19 de maio de 2011, Série C No. 22634, § 77.

emergência e especializada pertinente, a deterioração da saúde física e mental, a exposição a dor severa e prolongada como consequência da falta de atenção médica oportuna e diligente, condições excessivas de segurança³⁰⁵.

Ainda quanto à relação que têm os direitos económicos, sociais, culturais e ambientais com o direito à integridade pessoal, a Corte IDH recorreu à jurisprudência da CEDH no caso *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) c. Costa Rica*³⁰⁶. A Corte IDH ressaltou que analisou situações de angústia e ansiedade, assim como as dificuldades no acesso aos cuidados médicos, frisando que a jurisprudência europeia precisou a relação entre o direito à vida privada e a proteção da integridade física e psicológica. A CEDH assinalou que o direito à vida privada inclui a integridade física e psicológica e o Estado tem a obrigação positiva de garantir esta integridade. Portanto, os direitos à vida privada e à integridade pessoa são direta e imediatamente vinculados com o cuidado da saúde. A falta de salvaguarda legal para a saúde reprodutiva pode prejudicar gravemente o direito à autonomia e a liberdade reprodutiva. Portanto, conclui a CEDH, há uma conexão entre a autonomia pessoal, a liberdade reprodutiva e a integridade física e psicológica.

A Corte IDH relaciona os direitos económicos, sociais, culturais e ambientais ao direito de associação (artigo 16 CADH). No caso *Huilca Tecse c. Peru*³⁰⁷, a Corte IDH considerou que a liberdade sindical, enquanto forma de liberdade de associação, implica o poder de decidir como exercê-la. Ao frisar que o Estado deve garantir que todos possam exercer esta liberdade sem receio de qualquer violência, o que diminuiria a capacidade das associações de se organizarem para proteger seus interesses, a Corte IDH remete ao caso da CEDH *Plattform "Ärzte für das Leben" c. Áustria*³⁰⁸.

O artigo 26 da CADH, sobre o desenvolvimento progressivo dos direitos económicos, sociais e culturais, permite a justiciabilidade do direito à saúde. Mas é apenas em 2018, no caso *Poblete Vilches e outros c. Chile*³⁰⁹, que a jurisprudência da Corte IDH garante o direito à saúde como direito autónomo. Até então o direito à saúde tinha apenas uma proteção indireta, via direitos civis e políticos. O direito à saúde é. então declarado na jurisprudência da Corte IDH com referência à legislação e jurisprudência europeia³¹⁰. No caso *Poblete Vilches*, a Corte IDH afirma o reconhecimento do direito à

305 CEDH, *Sarban c. Moldova*, No. 3456/05, 4 de janeiro de 2006; CEDH, *Paladi c. Moldova*, No. 39806/05, Sentença de 10 de março de 2009.

306 Corte IDH, *Artavia Murillo e outros ("Fecundação in Vitro") c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Serie C No. 257, § 147.

307 Corte IDH, *Huilca Tecse c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 3 de março de 2005, Serie C No. 121, § 77.

308 CEDH, *Plattform "Ärzte für das Leben" c. Áustria*, No. 10126/82, Sentença de 21 de junho de 1988, Série A No. 139, § 32.

309 Corte IDH, *Poblete Vilches e outros c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 8 de março de 2018, Série C No. 349, §§ 125 e 126.

310 Sobre este assunto ver a opinião do juiz Pinto de Albuquerque junta ao acórdão proferido pela Corte Europeia no caso *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal (GC)*, n.º 56080/13, 19 de dezembro de 2017, sobre o direito a prestações de saúde, num caso de negligência médica em hospital público.

saúde e, mais especificamente, do direito à saúde por pessoas maiores³¹¹, por um vasto *corpus iuris* internacional, citando entre outros documentos o artigo 11 da Carta Social Europeia. No caso *I.V. c. Bolívia*³¹², é fundamental a referência à legislação e jurisprudência europeia a fim de definir o conteúdo da regra do “consentimento informado”, sobretudo em relação a dois de seus elementos fundamentais: o caráter prévio do consentimento e o caráter livre do consentimento.

A Corte IDH nota assim que o sistema interamericano não possui uma norma convencional que desenvolva o alcance e conteúdo da regra do “consentimento informado”. Por isso, a fim de interpretar o alcance e o conteúdo desta regra no âmbito da CADH, a Corte estabelece que recorrerá (conforme as regras de interpretação do artigo 29 da CADH e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados), ao *corpus juris* internacional, ressaltando que este sustenta-se, entre outros órgãos, no Conselho da Europa e na CEDH. A Corte IDH observa então como estes organismos, entre os quais estes dois órgãos europeus, “criaram normas jurídicas comuns que constroem uma proteção geral em torno do caráter prévio, livre, pleno e informado do consentimento”³¹³.

PARTE II) DIREITOS ESPECIAIS DE GRUPOS DE PESSOAS VULNERÁVEIS

A Corte IDH encontra-se em uma fase de transformação, o que gera novas modalidades de relação com a CEDH. As “grandes violações” e os Direitos Humanos de primeira geração já não são mais as questões predominantes. Questões de grupos de pessoas vulneráveis ocupam hoje um papel central na Corte IDH (GROPPI e ORTU, 2014, p. 227). Como analisa Abramovich, a ação da Corte IDH pode ser diferenciada em três fases históricas (ABRAMOVICH, 2009). Na primeira fase, desde o início de sua operação em 1979, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) estava ocupado principalmente com violações sistemáticas e em massa de certos grupos pelo terrorismo de Estado. O Tribunal era o último recurso para a justiça, mas ineficaz no que diz respeito a justiças internas devastadas. Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no entanto, serviram como documentação com rigor técnico, garantindo a legitimidade das denúncias e minando as imagens dos ditadores. Na segunda fase, no final dos anos 80 e início dos anos 90, o SIDH acompanhou a transição pós-ditatorial, tentando conter a pressão militar e lidando com questões sociais em relação a grupos vulneráveis, como a afirmação da igualdade das mulheres em relação aos direitos familiares e matrimoniais. bem como os direitos de herança das crianças nascidas fora do casamento. Na década de 1990, a jurisprudência da Corte IDH sobre

311 Corte IDH, *Poblete Vilches e outros c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 8 de março de 2018, Série C No. 349, §§ 125 e 126.

312 Corte IDH, *I.V. c. Bolívia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de novembro de 2016, Série C No. 329.

313 Corte IDH, *I.V. c. Bolívia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de novembro de 2016, Série C No. 329, § 168. Ver no tópico “direitos das mulheres” os elementos do consentimento.

crimes de terrorismo de Estado começou a exercer alguma influência sobre os sistemas jurídicos locais e até mesmo sobre políticas estatais, com anulação de anistia em caso de graves violações de direitos humanos, o que foi essencial para a argumentação jurídica na abertura de processos contra responsáveis por crimes contra a humanidade no Peru e na Argentina. O caso *Barrios Altos c. Peru* (2005) foi crucial para invalidar a auto-anistia de Fujimori e no julgamento de crimes cometidos durante seu governo. Decisões de tribunais superiores no Chile, bem como discussões sobre a redução de penas para grupos paramilitares na Colômbia e questões de justiça transicional na Guatemala, El Salvador, Honduras, Paraguai e Uruguai, foram submetidas à jurisprudência da Corte IDH. Crimes contra a humanidade cometidos nos anos 70 e 80 no Brasil (*Lund c. Brasil*³¹⁴), Bolívia (*Estrada c. Bolívia*³¹⁵) e México (*Pacheco c. México*³¹⁶) foram apresentados à Corte IDH.

Na fase atual, os grupos vulneráveis desempenham um papel fundamental. A nova prioridade na agenda da Corte IDH são as demandas de grupos vulneráveis que são afetados em seus direitos de participação e expressão, que sofrem violência social ou institucional e que têm dificuldade de acesso à esfera pública, ao sistema político e à proteção social ou legal. Com essa mudança de enfoque, os conflitos que ocupam a atenção da Corte IDH são a violência praticada pela polícia contra determinados grupos, a violência contra a mulher tolerada pelas autoridades estatais, a privação de terras e a participação política dos povos e comunidades indígenas, a discriminação da população afrodescendente e o abuso de burocracias contra imigrantes não documentados. O que importa é que a Corte IDH não lida com estas situações como casos individuais, mas procura identificar nesses casos padrões de discriminação estrutural e violência contra certos grupos.

A Corte IDH considera que o Estado tem o dever de ação positiva: o Estado não só não deve discriminar, como ainda, além disso, deve proteger grupos vulneráveis. Assim, a Corte IDH analisa como até mesmo práticas neutras podem ter efeitos discriminatórios sobre certos grupos (por exemplo, o caso *Yean e Bosico c. República Dominicana*³¹⁷). É importante notar que a maioria das questões é levada à Corte IDH por associações civis e ONGs e que a ação do tribunal é monitorada por essas associações. Podemos citar o caso de *Sebastian Camargo c. Brasil*³¹⁸ em 2009 de despejos forçados em áreas rurais por milícias privadas de agricultores, com tolerância pelo Estado e pela

314 Corte IDH, *Gomez Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2010, Serie C No. 219

315 Corte IDH, *Renato Ticona Estrada e outros c. República de Bolívia*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 27 de novembro de 2008, Série C No. 191.

316 Corte IDH, *Radilla Pacheco c. México*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de novembro de 2009, Série C No. 209

317 Corte IDH, *Meninas Yean e Bosico c. República Dominicana*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 8 de setembro de 2005, Serie C No. 130.

318 Comissão IDH, *Sebastião Camargo Filho*, Brasil, Relatório de Admissibilidade e Mérito, Caso No. 12.310, 19 de março de 2009.

Justiça, assim como o caso de *Wallace de Almeida c. Brasil*³¹⁹ no mesmo ano, em que o Brasil foi responsabilizado pela violência contra os negros em uma favela do Rio de Janeiro. A execução extrajudicial de um jovem negro não foi um caso isolado, mas uma expressão estrutural de um comportamento racista por parte da polícia e da cumplicidade da autoridade federal. A Corte IDH também produziu jurisprudência relevante sobre a proteção dos povos indígenas, cujo cumprimento, no entanto, encontrou dificuldades consideráveis. No caso *Maria da Penha Fernandes c. Brasil*³²⁰, a atenção da Corte IDH voltou-se para o fato de que não se tratava apenas um caso individual, mas de um padrão sistemático de comportamento - uma prática geral de impunidade da violência doméstica e de negligência quanto à implementação de medidas de prevenção eficazes (ABRAMOVICH, 2009).

Trata-se aqui de analisar a recepção da CEDH pela Corte IDH quanto a quatro grupos de Direitos Humanos de grupos vulneráveis: as mulheres (1), as crianças (2), os trabalhadores (3) e, por fim, os imigrantes e os refugiados (4).

9. DIREITOS DAS MULHERES

A Corte IDH refere a CEDH em vários casos nos quais tem de combater a cultura de discriminação das mulheres. Assim, no caso *González e outras ("Campo Algodoeiro") c. México*³²¹, a Corte IDH remete ao caso *Opuz c. Turquia*, no qual a CEDH declarou que "a falha do Estado em proteger as mulheres contra a violência doméstica viola seu direito de igual proteção perante a lei e esta falha não precisa ser intencional". A Corte IDH lembra que a CEDH considerou que a passividade judicial geral e discriminatória na Turquia, apesar de não ser intencional, afetava principalmente as mulheres, portanto a violência sofrida podia ser considerada como violência de gênero, que é uma forma de discriminação contra as mulheres. Se a aplicação de uma regra tem um impacto diferenciado entre mulheres e homens, o Estado tem de provar que isso se deve a fatores objetivos não relacionados com a discriminação. A CEDH constatou que o lugar onde vivia a petionária tinha o número mais alto de vítimas, que eram todas elas mulheres, que todas tinham a mesma origem e que quando denunciavam a violência os polícias não investigavam os fatos, assumindo tratar-se de um "tema familiar"³²².

No caso *Veliz Franco e outros c. Guatemala*³²³, a Corte IDH refere a jurisprudência da CEDH para assinalar que a violência dirigida contra a mulher é uma forma de

319 Comissão IDH, *Wallace de Almeida*, Brasil, Relatório No. 26/09, Caso No. 12.440, 20 de março de 2009.

320 Comissão IDH, *Maria Da Penha Maia Fernandes*, Brasil, Relatório No. 54/01, Caso No. 12.051, 16 de abril de 2001.

321 Corte IDH, *González e outras ("Campo Algodoeiro") c. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 de novembro de 2009, Série C No. 205, § 396.

322 A Corte IDH refere o seguinte caso da Corte Europeia: CEDH, *Opuz c. Turquia*, No. 33401/02, 9 de junho de 2009, §§ 180, 191 e 200.

323 Corte IDH, *Veliz Franco e outros c. Guatemala*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 19 de maio de 2014, Série C No. 277, § 207.

discriminação. A Corte IDH ressalta que a Convenção de Belém do Pará (preâmbulo e artigo 6) reconhece o vínculo entre a violência contra as mulheres e a discriminação e que, no mesmo sentido, a *Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica* (Istambul, 2011) afirma que “a violência contra as mulheres é uma manifestação de desequilíbrio histórico entre a mulher e o homem que tem levado à dominação e à discriminação da mulher pelo homem, privando assim a mulher de sua plena emancipação”, assim como que “a natureza estrutural da violência contra as mulheres está baseada no gênero”.³²⁴

Como já analisado anteriormente (ver tópico sobre proteção judicial e processo devido), a Corte IDH refere a jurisprudência da CEDH no caso *González e outras (“Campo Algodoeiro”) c. México*³²⁵ para afirmar a obrigação do Estado de realizar uma investigação efetiva e tomar medidas positivas para erradicar a violência contra a mulher.

No caso *I.V. c. Bolívia*³²⁶, a Corte IDH refere a CEDH para analisar uma questão de saúde sexual e reprodutiva, bem como a esterilização forçada (arts. 5 e 7 CADH). A Corte IDH ressalta que o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos não dispõe de uma norma em bioética que suporte a interpretação da regra do consentimento informado. Por isso, a Corte IDH recorre, entre outras fontes, à jurisprudência da CEDH. Um dos elementos do consentimento, o “caráter prévio”, é definido com referência ao direito e à jurisprudência europeia. A Corte IDH, nesse caso³²⁷, observa que é possível atuar sem consentimento em situações excepcionais, quando o paciente não pode dá-lo ou quando é necessário um tratamento imediato perante um grave risco de vida - o que, salienta a Corte IDH, é reconhecido no âmbito europeu. Contudo, pondera a Corte IDH, a ligadura das trompas de Falópio, a fim de evitar uma gravidez futura, não pode ser considerada um procedimento urgente face a um dano iminente, de modo que a exceção não se aplica. A Corte IDH enfatiza então³²⁸ que também a CEDH, no caso *V.C. c. Eslováquia*, conclui que a ligadura de trompas durante uma cesariana não constituía uma necessidade médica iminente, pois a ameaça à vida da paciente só ocorreria em uma suposta gravidez futura. Portanto, esta intervenção não poderia ser considerada como uma urgência médica.

Outro elemento do consentimento, o “caráter livre”, também é definido segundo o direito e a jurisprudência europeia. A Corte IDH³²⁹ considera que um consentimento

324 Preâmbulo da Convenção de Istambul.

325 Corte IDH, *González e outras (“Campo Algodoeiro”) c. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 de novembro de 2009, Série C No 205, § 293.

326 Corte IDH, *I.V. c. Bolívia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de novembro de 2016, Série C No. 329, § 168.

327 Corte IDH, *I.V. c. Bolívia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de novembro de 2016, Série C No. 329, § 177.

328 Corte IDH, *I.V. c. Bolívia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de novembro de 2016, Série C No. 329, § 178.

329 Corte IDH, *I.V. c. Bolívia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de novembro de 2016, Série C No. 329, § 183.

não pode ser considerado livre quando solicitado à mulher que se encontra em situação de estresse e vulnerabilidade, como durante ou após o parto ou a cesariana. Isso foi afirmado em vários documentos internacionais e também pela CEDH, que concluiu que o consentimento solicitado quando a mulher se encontra em trabalho de parto ou pouco antes de se submeter a uma cesariana não pode ser considerado baseado no livre arbítrio. A Corte IDH³³⁰ considera ainda que há o dever, consagrado por diversos documentos internacionais e pela jurisprudência da CEDH³³¹, de fornecer ao paciente informações sobre métodos alternativos de tratamento.

10. DIREITOS DAS CRIANÇAS

A Corte IDH remete à jurisprudência da CEDH em vários casos de proteção da família (artgos 11.2 e 17 da CADH). Assim, no caso *Massacre de Dos Erres c. Guatemala*³³², a Corte IDH ressaltou que o direito da criança de viver com sua família está de acordo com o artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos³³³.

No caso das *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*³³⁴, a Corte IDH destacou que este direito implica não apenas promover medidas de proteção das crianças, como também favorecer o núcleo familiar³³⁵. Neste sentido, lembra a Corte IDH, a CEDH estabeleceu que o desfrute mútuo da convivência entre pais e filhos é um elemento fundamental da vida em família e que quando os pais estão separados, a convivência familiar deve ser garantida. Medidas que impeçam este desfrute ferem o artigo 8 da Convenção Europeia. A CEDH, observa a Corte IDH, considera que se trata de proteger o indivíduo da ação arbitrária das autoridades públicas e que uma das interferências mais graves é a que tem por resultado a divisão da família.

A Corte IDH refere a CEDH no caso *Gonzales Lluy e outros c. Equador*³³⁶ para afirmar o direito à educação de pessoas com condições médicas que possam gerar incapacidades, como o VIH/SIDA. A Corte IDH nota que há uma relação, observada por vários organismos internacionais, entre certas enfermidades e as incapacidades que

330 Corte IDH, *I. V. c. Bolívia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de novembro de 2016, Série C No. 329, § 190.

331 A Corte IDH refere o seguinte caso da Corte Europeia: CEDH, *V. C. c. Eslováquia*, No. 18968/07, 8 de novembro de 2011, § 112. Nesse caso, a CEDH considerou que a paciente não tinha sido informada de alternativas de tratamento à esterilização.

332 Corte IDH, *Massacre de Dos Erres c. Guatemala*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2009, Série C No. 211, § 188.

333 Corte IDH, *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, Opinião Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002, Série A No. 17, § 71. Cf. Corte IDH, *Contreras e outros c. El Salvador*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2011, Série C No. 232, § 106; Corte IDH, *Fornerón e Filha c. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 27 de abril de 2012, Série C no. 242, § 46; Caso *Atala Rizzo e Crianças c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de fevereiro de 2012, Série C No. 239, § 169.

334 Corte IDH, *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2014, Série C No. 282, § 414.

335 Cf. Corte IDH, *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, Opinião Consultiva, OC-17/02, 28 de agosto de 2002, Série A No. 17, § 72.

336 Corte IDH, *Gonzales Lluy e outros c. Equador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de setembro de 2015, Série C No. 298, § 239.

delas decorrem em razão de padecimentos físicos e barreiras sociais. Há uma percepção social equivocada das pessoas com VIH como uma ameaça à saúde pública. A Corte IDH remete então à CEDH, que no caso *Kiyutin c. Rússia* considerou que uma pessoa com uma infecção como o VIH deveria estar protegida, sob o termo de “incapacidade” ou “outra situação”, pelo artigo 14 da Convenção Europeia.

Na sentença do caso *Atala Riffo e crianças c. Chile*³³⁷, a Corte IDH considerou que a convivência de um/a progenitor/a com uma pessoa do mesmo sexo não lesiona o interesse superior do menor que coabita com ele/ela, utilizando-se de numerosas referências da jurisprudência europeia quanto às seguintes questões: uma interpretação extensiva do conceito de discriminação, que contempla a “orientação sexual” como uma das categorias protegidas; a consideração da orientação sexual como um componente essencial da identidade das pessoas; a consideração de que a Convenção Americana dos Direitos Humanos não tem uma concepção fechada de família (GROPPi e ORTU, 2014, p. 193). É de se notar que o Governo do Chile exigiu da Corte IDH algo semelhante à margem de apreciação da CEDH, o que foi recusado pela Corte IDH.

A Corte IDH, no caso *Artavia Murillo e outros c. Costa Rica*³³⁸, considerou que o Estado tem responsabilidade internacional pelas consequências que causou a um grupo de pessoas por ter proibido a prática da fecundação *in vitro*. Já na apreciação das exceções preliminares, a Corte IDH citou vários casos da CEDH para considerar que o prazo de seis meses deve ser avaliado em cada caso individual. O momento no qual a pessoa passa a saber que é infértil não leva automaticamente à decisão de uma fertilização *in vitro* e, por isso, não pode ser o critério que gera a responsabilidade de apresentar uma petição perante o sistema interamericano no prazo de seis meses³³⁹.

Na apreciação do mérito, ao analisar o alcance dos direitos à integridade pessoal, à liberdade pessoal e à vida privada e familiar, a Corte IDH citou vários casos da CEDH para argumentar que a proteção do direito à vida privada inclui a proteção da identidade pessoal e social e assim do direito de se relacionar com outras pessoas³⁴⁰. A proteção do direito à vida privada permite exercer a autonomia pessoal e decidir sobre

337 Corte IDH, *Atala Riffo e Crianças c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de fevereiro de 2012, Séries C No. 239.

338 Corte IDH, *Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257.

339 Casos da Corte Europeia mencionados pela Corte IDH, *Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") c. Costa Rica*, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, nota-de-rodapé 42: CEDH, *Sabri Günes c. Turquia*, Grande Câmara, No. 27396/06, 29 de junho de 2012; CEDH, *Büyükdağ c. Turquia*, No. 28340/95, 6 de abril de 2000; CEDH, *Fernández-Molina González e 369 outros c. Espanha*, No. 64359/01, 8 de outubro de 2002; CEDH, *Zakrzewska c. Polónia*, No. 49927/06, 16 de dezembro de 2008, § 55.

340 Casos da Corte Europeia mencionados pela Corte IDH, *Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") c. Costa Rica*, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, nota-de-rodapé 227: CEDH, *Dudgeon c. Reino Unido*, No. 7525/76, 22 de outubro de 1981, § 41; CEDH, *X e E c. Países Baixos*, No. 8978/80, 26 de março de 1985, § 22; CEDH, *Niemietz c. Alemanha*, No. 13710/88, 16 de dezembro de 1992, § 29; CEDH, *Peck c. Reino Unido*, No. 44647/98, 28 de janeiro de 2003. Final, 28 de abril de 2003, § 57; CEDH, *Prette c. Reino Unido*, nº 2346/02, 29 de abril de 2002. Final, 29 de julho de 2002, § 61.

o que é relevante para sua vida³⁴¹, o que inclui, portanto, a forma como o indivíduo vê a si próprio e se projeta para os demais.³⁴² A Corte IDH afirmou que o livre desenvolvimento da personalidade inclui o direito de ser (ou não) mãe ou pai e que, nesse caso, tal como interpretado pela CEDH, significa também no sentido genético ou biológico.³⁴³ A Corte IDH assinalou a este propósito a diferença entre a Convenção Americana e a Convenção Europeia de Direitos Humanos: “o Tribunal ressalta que, diferentemente do disposto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a qual somente protege o direito à vida familiar em seu artigo 8, a Convenção Americana conta com dois artigos que protegem a vida familiar de maneira complementar”. O artigo 11.2 da Convenção Americana relaciona-se com o art. 17, que reconhece o papel central da família e da vida familiar na existência de uma pessoa e na sociedade em geral. O direito de proteção à família implica o fortalecimento do núcleo familiar. O artigo 17.2 protege assim o direito a fundar uma família, o que implica a possibilidade de procriar. A referência à jurisprudência europeia foi também fundamental para contestar o argumento de Costa Rica de que a técnica de fertilização *in vitro* implica a produção de muitos embriões, que seriam todos eles pessoas humanas com direito à vida, mas, no entanto, apenas um destes embriões seria fecundado e os demais seriam destruídos. A Corte IDH frisa que a antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos bem como a CEDH já se pronunciaram sobre a proteção da vida prenatal no contexto de casos de aborto de tratamentos médicos relacionados com a fecundação *in vitro*. No caso *Paton c. Reino Unido*, a Comissão Europeia de Direitos Humanos sustentou que o artigo 2 da Convenção Europeia não inclui o que está por nascer e reconhecer um direito absoluto à vida pré-natal seria contrário ao objetivo e propósito da Convenção. No caso *Vo. c. França*, a CEDH ponderou que os Estados estão de acordo em que o embrião deve ser protegido em nome da dignidade humana, sem que se faça dele uma “pessoa” com “direito à vida”. Quanto a casos de fecundação *in vitro*, no caso *Evans c. Reino Unido* a CEDH afirmou que os embriões não têm direito à vida no sentido do artigo 2 da Convenção Europeia. Já nos casos *S.H. c. Áustria*, sobre a regulação da fecundação *in vitro* com respeito à

341 Caso da Corte Europeia mencionado pela Corte IDH, *Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") c. Costa Rica*, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, nota-de-rodapé 228: CEDH, *R.R. c. Polónia*, No. 27617/04, 26 de maio de 2011, § 197.

342 Casos da Corte Europeia mencionados pela Corte IDH, *Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") c. Costa Rica*, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, nota-de-rodapé 229: CEDH, *Niemietz c. Alemanha*, No. 13710/88, 16 de dezembro de 1992, § 29; CEDH, *Peck c. Reino Unido*, No. 44647/98, 28 de janeiro de 2003. Final, 28 de abril de 2003, § 57.

343 Casos da Corte Europeia mencionados pela Corte IDH, *Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") c. Costa Rica*, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, nota-de-rodapé 231: CEDH, *Evans c. Reino Unido*, No. 6339/05, 10 de abril de 2007, §§ 71 e 72. Nesse caso, a CEDH afirmou, especificamente em relação à fecundação *in vitro*, que o artigo 8 também protege o direito de decidir tornar-se mãe ou pai em sentido genético. CEDH, *Dickson c. Reino Unido*, No. 44362/04, 4 de dezembro de 2007, § 66. Nesse caso, a Corte declarou que o artigo 8 protegia a pessoa que se queixava de que a recusa da inseminação artificial afetava sua vida familiar e privada, que inclui o direito de decidir tornar-se pai ou mãe genético. CEDH, *S.H. e outros c. Áustria*, No. 57813/00, 3 de novembro de 2011, § 82. Nesse caso, a Corte se referiu explicitamente ao direito de ter acesso às técnicas de reprodução assistida, como a fecundação *in vitro*, afirmando que o artigo 8 protege a escolha que se faz quanto à vida privada e familiar, o que inclui o direito de um casal de conceber uma criança por meio da inseminação artificial. CEDH, *P. e S. c. Polónia*, No. 57375/08, 30 de outubro de 2012, § 96. Nesse caso, a CEDH afirmou (em relação ao aborto) que o artigo 8 garante o respeito pela vida privada.

doação de óvulos e espermatozoides por terceiros, e no caso *Costa e Pavan c. Itália*, sobre diagnóstico genético preimplantacional, a CEDH nem sequer se referiu a hipótese de uma violação de um direito próprio dos embriões³⁴⁴.

11. DIREITOS DOS TRABALHADORES

Os direitos humanos dos trabalhadores, assim como os direitos económicos, sociais, culturais e ambientais em geral, são ainda em grande parte deixados à discricionariedade dos Estados (apesar de não se mencionar a “margem de apreciação”). É só em 2017, no caso *Lagos del Campo c. Peru*³⁴⁵, que a Corte IDH pela primeira vez protege o direito ao trabalho. Nesse caso, a Corte afirma o reconhecimento de um direito ao trabalho por um vasto *corpus iuris* internacional, citando entre outros documentos o artigo 1 da Carta Social Europeia. É importante notar que essa inovação da Corte IDH não foi resultado de uma visão unânime, mas que foi criticada por dois votos dissidentes, segundo os quais a Corte teria extrapolado a interpretação do artigo 26 da Convenção Americana ao reconhecer a justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais (SANTANO, p. 290). Até então, as questões trabalhistas eram sobretudo casos de trabalho forçado e escravidão, nos quais a Corte IDH também referia a jurisprudência da CEDH. Assim, no caso dos *Massacres de Ituango c. Colômbia*³⁴⁶, a Corte IDH reitera que seu método de interpretação do direito - em geral e no caso particular em questão de trabalho forçado e escravidão - é o mesmo que o da CEDH: ambas consideram os tratados de direitos humanos como “instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais. Esta interpretação evolutiva é consonante com as regras gerais de interpretação consagradas no art. 29 da CADH, assim como as regras estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”³⁴⁷.

No caso dos *Trabalhadores da Fazenda Brasil c. Brasil*³⁴⁸, a Corte IDH ressalva que todos os instrumentos regionais proíbem a servidão, considerada uma forma análoga de escravidão, entre outros, pela CEDH. A Corte IDH frisa que assim coincide com a definição da CEDH sobre “servidão”, que deveria ser interpretada como “a obrigação de realizar trabalho para outros, imposta por meio de coerção, e a obrigação de viver na propriedade de outra pessoa, sem a possibilidade de mudar de condição”. A Corte IDH cita então o caso *Rantsev c. Chipre e Rússia*, que não deixa dúvida que o tráfico de

344 Corte IDH, *Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257.

345 Corte IDH, *Lagos del Campo c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 340, § 145.

346 Corte IDH, *Massacres de Ituango c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de julho de 2006, Série C No. 148.

347 Corte IDH, *Massacres de Ituango c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de julho de 2006, Série C No. 148, §155.

348 Corte IDH, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de outubro de 2016, Série C No. 318, §275.

escravos e de mulheres é caracterizado pelo controle exercido pelos perpetradores sobre as vítimas durante o transporte ou traslado com fim de exploração³⁴⁹.

12. DIREITOS DOS IMIGRANTES E DOS REFUGIADOS

A única vez em que a margem de apreciação é explicitamente evocada pela Corte IDH, é em uma questão relativa à distinção entre uma diferenciação objetiva e razoável, por um lado, e a discriminação, por outro lado. O Governo da Costa Rica solicitou uma opinião consultiva sobre a compatibilidade de propostas de emendas constitucionais referentes à naturalização (artigos 14 e 15 da Constituição da Costa Rica) com a CADH (artigo 17, sobre proteção da família; artigo 20, sobre o Direito à nacionalidade; e artigo 24, sobre a igualdade perante a lei). As emendas propostas impunham maior rigidez na aquisição da naturalidade costa-riquenha por naturalização³⁵⁰. A emenda constitucional passa a considerar um diferente período de residência como condição para adquirir a nacionalidade da Costa Rica, dependendo se o requerente é nacional nativo de outros países da América Central, Hispanos e Ibero-Americanos, ou se adquiriu a nacionalidade daqueles países por naturalização.

A Corte IDH pondera que nem todo tratamento jurídico diferente é discriminatório e refere-se ao *Caso Linguístico Belga* da CEDH, que se baseando “nos princípios que podem ser deduzidos da prática jurídica de um grande número de Estados democráticos”, definiu que uma distinção é discriminatória quando “carece de justificação objetiva e razoável”³⁵¹. Há desigualdades de fato, que se traduzem em desigualdades jurídicas, sem contrariar a justiça, podendo mesmo proteger quem é juridicamente fraco. Por exemplo, o menor de idade ou o que não tem saúde mental têm o exercício de sua capacidade civil limitada, pois poderiam pôr em risco seu próprio patrimônio³⁵². A Corte IDH, argumentando ser compatível com a natureza e o objetivo do direito à nacionalidade o procedimento privilegiado de naturalização para aqueles que possuem laços históricos, culturais e espirituais mais estreitos com o povo da Costa Rica (os Centro, Ibero-Americanos e Hispânicos), conclui que:

“Embora não se possa ignorar que circunstâncias factuais podem tornar mais ou menos difícil avaliar se se está ou não na presença de uma situação como a descrita no parágrafo anterior, também é verdade que, com base na unidade essencial da dignidade do ser humano, é possível apreciar circunstâncias em que os imperativos do bem comum podem justificar

349 Corte IDH. *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custa, Sentença de 20 de outubro de 2016, Série C No. 318, §288.

350 Corte IDH, *Proposta de modificação à Constituição Política de Costa Rica relacionada com a naturalização*, Opinião Consultiva OC-4/84, 19 de janeiro de 1984, Série A No. 4.

351 CEDH, *Caso Linguístico Belga* (Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium), Nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23 de julho de 1968, pág. 34.

352 Corte IDH, *Proposta de modificação à Constituição Política de Costa Rica relacionada com a naturalização*, Opinião Consultiva OC-4/84, 19 de janeiro de 1984, Série A No. 4, § 56. No mesmo sentido: *Condição jurídica e direitos humanos da criança*, Opinião Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002, Série A No. 17, § 48.

um grau maior ou menor de distinções que não se afastam das considerações anteriores. São valores que adquirem dimensões concretas à luz da realidade em que são chamados a se materializar e que deixam uma certa margem de apreciação pela expressão que devem assumir em cada caso".³⁵³

É de se notar que a Corte IDH cita o caso *Linguístico Belga* nos parágrafos 12 e 56, mas apenas para desenvolver critérios de tratamento diferenciado e direito à igualdade, não para justificar a doutrina da margem de apreciação. Há também duas diferenças fundamentais em relação à utilização da margem de apreciação nesta opinião consultiva pela Corte IDH e na CEDH. A primeira é que a Corte IDH evoca a doutrina sem referência ao princípio da proporcionalidade. A CEDH busca sempre encontrar um equilíbrio entre a proporcionalidade de uma medida restritiva e a discricionariedade que o Estado tem com a "margem de apreciação". A segunda é que a Corte IDH também não menciona se a restrição ao direito deve satisfazer uma premente necessidade social.

Já sem mencionar a margem de apreciação, a Corte IDH recorre à jurisprudência da CEDH para analisar outras questões ligadas a imigrantes e refugiados, referindo a CEDH em questões sobre a vulnerabilidade dos migrantes, bem como sobre o princípio da não discriminação e da igual proteção perante a lei. No caso *Nadege Dorzema e outros c. República Dominicana*³⁵⁴, a Corte IDH, reconhecendo a dificuldade que tem a vítima de discriminação em demonstrar a mesma, refere que também a CEDH entende que o ônus da prova recai sobre o Estado, que tem os meios de esclarecer o que ocorreu no seu território. Ainda, a Corte IDH³⁵⁵ qualifica como "discriminação indireta" a violação do direito à igualdade e à não-discriminação decorrente de medidas neutras em sua formulação, com um alcance aparentemente geral e não-diferenciado, que produzem efeitos desproporcionalmente negativos para certos grupos vulneráveis. Este conceito, também reconhecido pela CEDH, lembra a Corte IDH, estabelece que quando uma medida tem um efeito desproporcionalmente prejudicial a um grupo particular, pode ser considerada como discriminatória mesmo se não for dirigida especificamente a este grupo.

No caso *Nadege Dorzema e outros c. República Dominicana*³⁵⁶, a Corte IDH refere a CEDH para afirmar as garantias mínimas do estrangeiro sujeito a uma medida de expulsão ou deportação, como a proibição de expulsão massiva (artigo 22.9 CADH). A Corte IDH afirma que, tal como a CEDH, considera que a decisão por uma expulsão de caráter "coletivo" não analisa as circunstâncias individuais de cada estrangeiro, sendo

353 Corte IDH, *Proposta de modificação à Constituição Política de Costa Rica relacionada com a naturalização*, Opinião Consultiva OC-4/84, 19 de janeiro de 1984, Série A No. 4, § 58.

354 Corte IDH, *Nadege Dorzema e outros c. República Dominicana*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de outubro de 2012, Série C No. 251, § 229.

355 Corte IDH, *Nadege Dorzema e outros c. República Dominicana*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de outubro de 2012, § 235.

356 Corte IDH, *Nadege Dorzema e outros c. República Dominicana*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de outubro de 2012, Série C No. 251, § 171.

por isso arbitrária³⁵⁷. O mesmo é referido no caso das *Pessoas Dominicanas e Haitianas expulsas c. República Dominicana*³⁵⁸. Neste caso, a Corte IDH distingue-se da CEDH para afirmar a obrigação de levar a pessoa migrante privada de liberdade perante a autoridade jurídica competente (artigo 7.5 CADH). A Corte IDH ressalta que, diferentemente da Convenção Europeia, na Convenção Americana o exercício do direito de ser apresentada sem demora à autoridade judicial competente (artigo 7.5 CADH) não é limitado pelas causas pelas quais a pessoa foi retida ou detida. O mesmo é referido no caso *Vélez Loor c. Panamá*³⁵⁹.

A Corte IDH recorre à jurisprudência da CEDH para estabelecer as garantias mínimas do devido processo a fim de determinar a condição de refugiado. No caso *Família Pacheco Tineo c. Bolívia*³⁶⁰, a Corte IDH refere que a CEDH, no caso *Gebremedhin c. França*, definiu o direito de asilo como uma liberdade fundamental, que culmina com o direito de solicitar o estatuto de refugiado e que implica o direito de que seja avaliado o risco que sofre se devolvido ao país de origem.

A Corte IDH recorre à jurisprudência da CEDH também para questões de extradição, como no caso *Wong Ho Wing c. Peru*³⁶¹. A extradição do Sr. Wong Ho Wing foi solicitada ao Peru pela República Popular da China em 2008. A Comissão e o representante alegaram que o Sr. Wong Ho Wing poderia ser exposto a vários riscos se fosse extraditado: violação de seu direito à vida (risco de aplicação da pena de morte), violação de seu direito à integridade pessoal (risco de ser submetido a tortura e outras formas de tratamento cruel, desumano e degradante⁹), violações ao devido processo. A Corte IDH³⁶² recorreu à jurisprudência da CEDH para afirmar o princípio de não-devolução de refugiados, asilados e solicitantes deste estatuto, considerando que a obrigação de garantir os direitos à vida e à integridade pessoal, assim como o princípio de não devolução diante do risco que possa correr este direito, bem como o risco de tortura e outras formas de tratamento cruel, desumano e degradante, aplica-se a todas as modalidades de devolução de uma pessoa a outro Estado, inclusive por extradição.³⁶³ A

357 A Corte IDH refere os seguintes casos da Corte Europeia: CEDH, *Andric c. Suécia*. No. 45917/99, Primeira Câmara, 23 de fevereiro de 1999, § 1; CEDH, *Conka c. Bélgica*. No. 51564/99, Terceira Câmara, 5 de fevereiro de 2002, § 59.

358 Corte IDH, *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2014, Série C No. 282, § 361. A Corte IDH refere, além dos casos mencionados na nota anterior, também: Comité de Ministros do Conselho da Europa, "Veinte directrices sobre el retorno forzoso". A Diretriz 3, que estabelece a proibição das expulsões coletivas, indica que "uma ordem de expulsão deve basear-se em um exame individual, razoável e objetivo de cada caso que tome em consideração as circunstâncias particulares de cada estrangeiro".

359 Corte IDH, *Vélez Loor c. Panamá*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de novembro de 2010, Série C No. 218, § 107.

360 Corte IDH, *Família Pacheco Tineo c. Bolívia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de novembro de 2013, Série C No. 272, § 156.

361 Corte IDH, *Wong Ho Wing c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de junho de 2015, Série C No. 297.

362 Corte IDH, *Wong Ho Wing c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de junho de 2015, Série C No. 297, § 130.

363 A Corte IDH refere o seguinte caso da Corte Europeia de Direitos Humanos: CEDH, *Babar Ahmad e outros c. Reino Unido*, Nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 e 67354/09, 10 de abril de 2012, §§ 168 e 176.

Corte IDH refere ainda³⁶⁴ que a CEDH reiterou que a expulsão ou extradição de uma pessoa pode gerar responsabilidade internacional quando o indivíduo expulso pode ser exposto a um risco real de ter sua integridade pessoal violada³⁶⁵. A CEDH também indicou, quanto à pena de morte, que o artigo 2 da Convenção Europeia, bem como o artigo 1 de seu Protocolo No. 13 proíbe a extradição ou deportação de um indivíduo a um Estado no qual possa ser submetido à pena de morte³⁶⁶. A Corte IDH³⁶⁷ considera ainda que, ao avaliar as garantias diplomáticas, devem ser examinadas sua qualidade e confiabilidade, conforme os fatores relevantes para essa avaliação que foram sistematizados pela CEDH no caso *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*³⁶⁸.

13. CONCLUSÃO

A Corte IDH busca sua legitimação na universalidade enquanto que a CEDH busca sua legitimação de modo predominante nas tradições jurídicas dos Estados sob sua jurisdição, não citando tanto a Corte IDH como é citado por esta (apesar de haver uma tendência de convergência entre suas posições). Daí a consequente divergência no método de interpretação: a CEDH, ao buscar sua legitimação nas tradições constitucionalistas dos países signatários, ou em uma tradição “europeia”, adota como método de interpretação antes a “margem de apreciação”, que deixa à discricionariedade dos Estados a decisão sobre questões polêmicas. Já a Corte IDH interpreta o direito evocando elementos extra-sistêmicos, tais como a jurisprudência da CEDH, por serem expressão dessa universalidade. No entanto, apesar de raramente evocar a margem de apreciação, há em certos casos uma atribuição de discricionariedade aos Estados. Sobretudo em casos relacionados a direitos humanos económicos, sociais e culturais, apesar de consolidados na Convenção Americana e em diversos outros documentos internacionais, a Corte IDH deixou-os durante muito tempo entregues às medidas nacionais.

Ultimamente, algumas mudanças nas técnicas de interpretação têm ocorrido. Na CEDH, nos “casos difíceis”, o princípio da proporcionalidade vem se impondo como princípio hermenêutico, afastando em vários casos a margem de apreciação. Já na Corte IDH, observa-se nos casos difíceis que muitas vezes não há consenso entre os juízes (que

364 Corte IDH, *Wong Ho Wing c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de junho de 2015, Série C No. 297, § 133.

365 A Corte IDH refere os seguintes casos da Corte Europeia de Direitos Humanos: CEDH, *Shamaev e outros c. Georgia e Rússia*, No. 36378/02, 12 de abril de 2005, § 335; *Chahal c. Reino Unido* [GS], No. 22414/93, 15 de novembro de 1996, §§ 73 e 74; *Soering c. Reino Unido*, No. 14038/88, 7 de julho de 1989, §§ 34 a 36; *Cruz Varas e outros c. Suécia*, No. 15576/89, 20 de março de 1991, §§ 69 e 70; *Saadi c. Itália* [GS], No. 37201/06, 28 de fevereiro de 2008, § 125; *Nizomkhon Dzhuraev c. Rússia*, No. 31890/11, 3 de outubro de 2013, § 105; *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, No. 8139/09, 17 de janeiro de 2012, § 185.

366 A Corte IDH refere os seguintes casos da Corte Europeia de Direitos Humanos: CEDH, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Reino Unido*, No. 61498/08, 2 de março de 2010, § 123; *Hakizimana c. Suécia*, No. 37913/05, 27 de março de 2008; *Kaboulov c. Ucrânia*, No. 41015/04, 19 de novembro de 2009, § 99.

367 Corte IDH, *Wong Ho Wing c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de junho de 2015, Série C No. 297, § 180.

368 CEDH, *Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido*, No. 8139/09, 17 de janeiro de 2012, § 189.

outrora era uma condição fundamental de bom funcionamento da Corte). Apesar disso, a Corte IDH tem dado força jurídica aos direitos económicos, sociais e culturais.

Propomos considerar a recepção da CEDH pela Corte IDH como um pré-requisito para o universalismo eficaz, que depende da capacidade de estabelecer uma comunicação bem-sucedida, sem dispor anteriormente de códigos comuns essenciais. Se só é possível ver por perspectivas singulares, estas perspectivas podem, contudo, ser traduzidas, construindo assim um universalismo. Portanto, não se trata nem de um particularismo nem de um relativismo. Assim como também não se trata de um universalismo *a priori*, mas sim historicamente construído. É tarefa da recepção desvendar relações e estabelecer conexões entre mundos incomensuráveis, dando um novo sentido ao que é traduzido (Cunha, 1998, e Viveiros, 1996). Uma ideia que é concebida através do uso de vários idiomas é um resultado de traduções e movimentos e, portanto, um pré-requisito para o universalismo. O multilinguismo e o nomadismo são requisitos essenciais dos Direitos Humanos (Balibar 2010, pp. 36-42).

A recepção unilateral da Convenção Europeia dos Direitos Humanos pelo sistema interamericano não é, contudo, suficiente para considerar que os direitos humanos são realmente universais, pois continua a haver um sistema dominante, um sistema-matriz a partir do qual os direitos humanos são expandidos e recebidos por outros sistemas. Seria preciso agora fazer o caminho inverso: os “direitos humanos”, tal como recebidos pelo sistema interamericano, seriam a matriz a partir da qual outras recepções seriam feitas.

Essa recepção não é apenas entre Cortes. Ela inclui também reivindicações e argumentos de uma cidadania transnacional em exercício, que por vezes adquire forma institucionalizada em associações e ONGs, que trazem os casos perante as Cortes e mobilizam a sociedade civil, acionando e controlando o funcionamento e as decisões das Cortes. É essa cidadania cosmopolita em última instância o fundamento de legitimidade da construção desta universalidade. Tal recepção recíproca entre as Cortes, e de movimentos sociais da sociedade civil cosmopolita pelas Cortes, é fundamental para a criação de padrões internacionais na proteção dos direitos humanos e para sua legitimação enquanto direitos universais, que valem muito para além de particularismos regionais.

BIBLIOGRAFIA

- ABRAMOVICH, C., “Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos”, *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, c. 6, N. 11, dez. 2009, pp. 7-39.
- ALBUQUERQUE, P. P. DE. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos: Seleção de Opiniões*. São Paulo, Brasil: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019.
- AMBOS, K. & BÖHN, M., “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido contra Tribunal audaz?”, in *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos*, E. Mac-Gregor & A. Herrera (eds.), Tirant Lo Blanch, México D. F., 2013, pp. 1.057-1.088.

BALIBAR, Étienne, “Cosmopolitisme, internationalisme, cosmopolitique”, in *Vivre en Europe. Philosophie, politique et science aujourd’hui*, Bertrand Ogilvie, Diogo Sardinha, Frieder Otto Wolf (ed.), L’Harmattan, Paris, 2010, pp. 19-49.

BURGORGUE-LARSEN, L., *De l’internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l’attention de Bruno Genevois*, in: AA. VV., *Le dialogue des juges. Mélanges en l’honneur du président Bruno Genevois*, Paris, 2009, pp. 95-130.

CAMARILLO GOVEA, Laura Alicia, “Convergences and divergences between European and Interamerican human rights systems”, *Prolegómenos*, 19 (37), 2016, pp. 67-84.

CANÇADO, Antônio, *El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos mediante el funcionamiento y la jurisprudencia de la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2007.

CAPPUCCIO, Cappuccio; LOLLINI, A.; TANZARELLA, P., *Le corti regionali tra Stati e diritti. I sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Nápoles, 2012.

CASALS, María Angélica Benavides. “El consenso y el marge de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Revista Ius et Praxis*, Ano 15, Nº 1295, pp. 295-310.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. “Os pronomes cosmológicos e o perspectivismo ameríndio”, *Mana*, vol. 2, nº 2, 1996, p. 115-144.

CONTRERAS, Pablo. “National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 11, Nº1, 28-83.

CUNHA, Manuela Carneiro da. “Pontos de vista sobre a floresta amazônica: xamanismo e tradução”, *Mana*, vol. 4, nº 1, 1998, pp. 7-22.

CUNHA, Marcelo Garcia da. “Discurso de ódio e regra de decisão: um estudo sobre a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*. Porto Alegre, v. 4, nº 2, pp. 67 – 86, Jul/Dez. 2018.

DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure, “Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, nº4, Octobre-décembre 2000, pp. 753-780.

DONDERO, F., *Sistema europeo y interamericano de protección de los derechos humanos. Similitudes y diferencias*, 2000, Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/>

FARIAS, Adriana Dornelles; PADÃO, Jacqueline; PORTELLA, Emily de Amarante. “O diálogo entre os sistemas regionais de direitos humanos na proteção dos direitos humanos das mulheres”, in *XIII Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-Graduação - SEPesq*, 2017.

FIX-ZAMUDIO, H., “Reflexiones comparativas sobre los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos”, in *Derecho internacional de los derechos humanos*, R. Méndez (dir.), UNAM, México D. F., pp. 203-290.

FIX-ZAMUDIO, H., “The European and the Inter-American Courts of Human Rights: a brief comparison”, in *Protecting human rights: the european perspective*, P. Mahoney (dir.), Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2000, pp. 507-533.

FLAUSS, J. F., *Diffusion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme et interactions normatives dans le domaine de la protection des droits de l’homme*. In: G. Cohen-Jonathan, J. F. Flauss, (coordinadores), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 2005.

GROPPI, T. e ORTU, A. M. L. C., “Las referencias recíprocas entre le Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: De la influencia al diálogo?”, *UNED. Revista de Derecho Político*, Nº 91, set-dez., 2014, pp. 183-230.

GROPPI, Tania e ORTU, Anna Maria Lecis Cocco-Ortu, “El uso de precedentes extrasistémicos en el diálogo

entre la Corte Interamericana y el Tribunal europeo de Derechos Humanos: una investigación empírica”, *Juris Dictio*, 21, 2018, pp. 29-47.

LONDOÑO, M., “Las cortes interamericana y europea de derechos humanos en perspectiva comparada”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 5, 2005, pp. 89-115.

NOVAK, F., “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: semejanzas y diferencias con el sistema europeo”, *La Comunità Internazionale Trimestrale della Società Italiana per l’organizzazione Internazionale*, LVII(4), 2002, pp. 649-681.

PACZOLAY, Peter, “Consensus et discrétion: évolution ou érosion de la protection des droits de l’homme?”, in *Dialogue entre juges*, Ed. ECHR, Estrasburgo, 2008.

PALACIOS VALENCIA, Yennesis, “Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de derechos humanos. A propósito de las leyes de amnistía”, *Revista de Derecho Público*, 35, 2015, pp. 1-20.

PASTOR, J., “La protección jurisdiccional de los derechos humanos: una comparación entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, 1, 2007, pp. 5-14.

PIOVESAN, Flávia, “Diálogo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Desafios da Reforma”, *Revista Campo Jurídico*, n. 1. mar, 2013. Disponível em: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/11>>.

QUESADA, L. Jimena, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013.

ROBERTSON, A., “The American Convention on Human Rights and the European Convention: a comparative study”, *Annuaire Européen*, 29, 1981, pp. 50-76.

ROCA, J. García, FERNÁNDEZ, P. A.; SANTOLAYA, P. Santolaya; CANOSA, R., *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de derechos Humanos*, Navarra, 2012.

SAGUÉS, N. P., *El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo*, in: A. Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, Mexico, 2011.

SANTANO, Ana Claudia, “Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos”, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 19, nº77, p. 273-300, 2019.

TRINDADE, A. A. Cançado, *Approximations and Convergences in the Case-Law of the European and Inter-American Courts of Human Rights*, in G. Cohen-Jonathan, J. F. Flauss, (coordinadores), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 2005, pp. 101-138.

TRINDADE, A. A. Cançado, CFLISH, L., *Les Conventions Américaine et Européenne des Droits de l’Homme et le Droit International Général*, RGDIP, 2004.

TRINDADE, Antonio Cançado *Reflexiones sobre el Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, in EL FUTURO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS (Juan E. Méndez & Francisco Cox eds., 1998)

ÚBEDA, A., *Democracia y derechos humanos en Europa u en América, estudio comparado de los sistemas europeo y interamericano de protección de los derechos humanos*, Reus, Madrid, 2007.

VERDUGO, Sergio & GARCÍA, José Francisco, “Radiografía al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 25 *Rev. Actualidad Jurídica* 175 (2012).

VIANA, A., “Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos. Coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias”, in *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revenga & A. Viana (coords.), Tirant Lo Blanch, Madrid, 2008, pp. 16-69.

VON BOGDANDY, Armin, Palestra “*Vom Souveränitätsparadigma zum Paradigma des normativen Pluralismus. Eine neue Sicht auf das Verhältnis zwischen dem Völkerrecht und den nationalen Rechtsordnungen*”. Humboldt-Kolleg “Internationalisierung des Verfassungsrechts - Konstitutionalisierung des internationalen Rechts”. Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, 5 de outubro de 2010.

VON BOGDANDY, Armin, e Ingo Venzke, *In Whose Name?: A Public Law Theory of International Adjudication*, New York, Oxford University Press, 2ª edição, 2016.

VON BOGDANDY, Armin, e René Urueña, “International Transformative Constitutionalism in Latin America”, *American Journal of International Law*, 2020, Vol. 114:3, pp. 403-442.

11.

ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS QUANTO À TUTELA DO EMBRIÃO IN VITRO NO CASO ARTAVIA MURILLO

Maria Carla De Avelar Pacheco

RESUMO: O caso *Artavia Murillo e outros* foi a primeira condenação da Costa Rica pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. No julgamento, discutiu-se a interpretação do artigo 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos em relação a embriões fertilizados em laboratório. Ao longo da decisão, a Corte cuidou de definir diversos conceitos polêmicos, como “concepção”, “pessoa” e “início da vida”. Tanto os fundamentos quanto os métodos utilizados no julgamento geraram severas críticas doutrinárias. Este artigo tem por objetivo realizar uma análise do trabalho da Corte no caso *Artavia Murillo*, propondo-se uma abordagem alternativa para a controvérsia, inspirada na forma como o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem decidido questões polêmicas relacionadas ao direito à vida.

PALAVRAS-CHAVE: CIDH. *Artavia Murillo*. Embrião. Status. Vida.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Argumentos utilizados no caso *Artavia Murillo*; 3. Reações doutrinárias à decisão no caso *Artavia Murillo*; 4. Opinião sobre a decisão da corte no caso *Artavia Murillo*; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Sem a tutela à vida, todas as demais proteções aos direitos humanos carecem de sentido. Essa foi a posição adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em diversas oportunidades com base no texto da Convenção Americana de Direitos Humanos³⁶⁹, cujo artigo 4.1 assim dispõe:

“Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

Essas frases, aparentemente simples, revelam-se extremamente complexas quando analisadas com atenção. Por exemplo, a fim de se compreender o alcance da afirmação segundo a qual “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida” é preciso, em primeiro lugar, definir o significado da palavra “pessoa”. É preciso, ainda, definir o que é vida e quem é considerado vivo. A frase seguinte, segundo a qual o direito à vida “deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção” traz consigo outras dificuldades hermenêuticas. Por exemplo, quando ocorre a concepção, o momento determinante em que o direito

369 Cf. Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de novembro de 2003, Série C No. 101, § 152.

à vida da pessoa passa a receber proteção da lei. Além disso, qual é o sentido da expressão “em geral”. Por fim, a frase “Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” apresenta outros embargos, como o que vem a ser uma privação arbitrária da vida e o que pode ser considerado como uma legítima privação da vida de uma pessoa.

A título de exemplo, alguns países da América Latina e do Caribe possuem legislação que bane por completo qualquer tipo de aborto em seus territórios, a saber, Chile, República Dominicana, El Salvador, Haiti, Honduras, Nicarágua e Suriname (DE JESÚS, 2013, p. 43). Em contraste, o Uruguai permite o aborto em qualquer circunstância até a 12ª semana de gestação (DE JESÚS, 2013, pp. 34-35). Os demais países da região encontram-se entre esses extremos, pois têm como regra geral a criminalização do aborto, mas comportam exceções, notadamente casos em que a vida da mãe corre risco (situação em que dois terços dos países da região não punem o aborto), em que a saúde da mãe está em risco (menos da metade dos países da região admite essa exceção) e em que a gravidez resulta de estupro (idem) (DE JESÚS, 2013, pp. 24, 26 e 28, respectivamente). Há ainda outras exceções legais menos admitidas, como o aborto de embriões sem chance de nascimento com vida (seis Estados admitem essa exceção) (DE JESÚS, 2013, p. 31).

De toda forma, esses dados demonstram que não há consenso na região dos países-membros da Convenção Interamericana de Direitos Humanos quanto ao grau de proteção que o Estado deve conferir à vida humana. Como a Corte Interamericana é o órgão máximo de interpretação da Convenção, eventuais conflitos entre atos estatais e as normas convencionais são resolvidos com a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos conferir ao tratado (HARRINGTON, 2013, p. 313).

Este trabalho foca no único caso até hoje em que a Corte se debruçou sobre os conceitos do artigo 4.1 da Convenção em relação ao embrião humano fertilizado em laboratório. Julgado em 2012, o caso *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) c. Costa Rica* provocou forte reação doutrinária quanto à fundamentação e aos métodos adotados na elaboração da sentença. No centro da discussão estava uma decisão judicial da Costa Rica de proibir em seu território a realização de fertilização in vitro, modalidade mais comum de procedimento de reprodução assistida.

Os procedimentos de reprodução assistida consistem em “técnicas que interferem no ato reprodutivo, com a utilização de medicamentos, equipamentos de laboratório, manipulação de materiais biológicos como gametas e embriões, com o objetivo de conseguir realizar a fecundação fora do corpo da mulher” (ARAUJO, 2018, p. 223). Entre estas técnicas encontra-se a fertilização in vitro (FIV), termo aplicado quando a fertilização é feita fora do corpo humano (CHANDA, 2010).

Desde sua utilização com sucesso pela primeira vez, em 1978, a FIV gerou uma revolução reprodutiva de escala mundial. Foi nesse ano que nasceu a inglesa Louise

Brown, o primeiro ser humano do mundo gerado a partir de uma fecundação feita em laboratório (WANG, 2006). Segundo dados da Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia, entre os anos de 1978 e 2018, mais de 8 milhões de bebês nasceram de gestações iniciadas com a implantação artificial do embrião no útero (ESHRE, 2018).

A FIV funciona da seguinte forma: em resumo, o corpo da mulher é induzido a produzir gametas, os óvulos, que são então removidos de seus ovários, fecundados com gametas masculinos, os espermatozoides, em um procedimento de laboratório e, uma vez concluída a fecundação, os embriões podem ser transferidos para um útero, onde poderão se desenvolver até o nascimento. A transferência pode ocorrer nos dias que se seguem à fecundação, dependendo das características morfológicas da divisão celular observada no laboratório. Caso não venham a ser transferidos para o útero, os embriões podem ser congelados por tempo indefinido (CHANDA, 2010).

Além da revolução reprodutiva causada pelas possibilidades proporcionadas pela técnica, a FIV alimentou o debate sobre os conceitos de concepção e de início da vida humana, na medida em que permitiu a separação clara no tempo e no espaço em que ocorrem as situações referentes à união do óvulo com o espermatozoide (fecundação) e o momento da colocação do embrião no útero (transplante/implantação) (PIOVESAN et al., 2019, p. 37). Em uma gestação natural, as duas situações ocorrem no corpo materno e é impossível precisar o exato instante em que cada uma acontece. Já em uma gestação iniciada por FIV, a fertilização é feita dentro de um laboratório em um momento preciso, enquanto o embrião é transplantado para o corpo da mulher em um momento distinto e igualmente preciso.

As oportunidades trazidas pela técnica fizeram surgir regulamentações sobre seu uso em todo o mundo. No Brasil, por exemplo, a primeira regulamentação sobre o tema foi feita pela Resolução do Conselho Federal de Medicina-CFM nº 1.358/1992, publicada em 19 de novembro de 1992.³⁷⁰ Já na Costa Rica, as técnicas de reprodução assistida, incluindo a fertilização in vitro, foram reguladas pelo Decreto Executivo nº 24029-S, de 03 de fevereiro de 1995, emitido pelo Ministério da Saúde.

A partir de sua regulamentação, a FIV foi praticada em território costarriquenho até que, em 7 de abril de 1995, a inconstitucionalidade do Decreto foi arguida por um cidadão, Hermes Navarro del Valle, perante o órgão máximo de interpretação constitucional do país, a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça (“Sala Constitucional”) (ZENNI et al., 2018, p. 738). A argumentação apresentada foi de que a técnica violaria o direito à vida e a dignidade do embrião, que teria status de ser humano ainda não nascido.

370 O Brasil não possui legislação sobre as técnicas de reprodução assistida e a regulamentação mais recente sobre o assunto é a Resolução CFM nº 2.168/2017 (CARVALHAL, 2013). A título de curiosidade, todas as resoluções que o CFM já editou sobre o assunto estabeleceram o prazo de 14 dias como tempo máximo de desenvolvimento do embrião in vitro, ou seja, esse é o limite de tempo permitido para que um embrião se desenvolva fora do útero.

Em 15 de março de 2000, a Sala Constitucional julgou o Decreto inconstitucional por considerar a FIV como incompatível com a dignidade da pessoa humana e com o direito à vida do embrião, acatando o argumento de que o embrião humano deve ser considerado “pessoa” desde o momento em que é formado, na fecundação. O Tribunal mencionou expressamente o artigo 4.1 da Convenção Americana para concluir que a partir da fecundação haveria a necessidade de o Estado tutelar de forma absoluta a vida do embrião (PIOVESAN et al., 2019, p. 37).

Perdas embrionárias são inerentes à utilização da técnica de fertilização in vitro. Em regra, ao redor do mundo, as opções para os pacientes que produziram mais embriões do que terminaram por utilizar após a realização da FIV (os chamados “embriões excedentes”) são descartá-los, doá-los para outras pessoas inférteis ou cedê-los para pesquisas científicas (WANG, 2006). Os embriões excedentes de uma FIV, muitas vezes, não são utilizados por terem sido considerados inaptos para implantação, já que a técnica também consiste na seleção de embriões que apresentaram melhor qualidade e desenvolvimento e a maior chance de gerar uma gravidez bem-sucedida (ARAUJO, 2018, p. 229).

No caso da Costa Rica, pelo Decreto Executivo nº 24029-S, de 1995, nenhuma dessas opções seria permitida. O artigo 10 dispunha expressamente que todos os óvulos fertilizados em um ciclo de tratamento deveriam ser transferidos para o útero da paciente de uma só vez, ficando absolutamente proibido descartar embriões, preservá-los para transferência em outro momento ou doá-los para outra paciente. Sobre a doação do embrião para experimentos científicos, o artigo 11 se encarregou de proibi-la taxativamente.³⁷¹

Portanto, as regras do Decreto Executivo nº 24029-S, de 1995, da Costa Rica, já eram bastante cautelosas com relação ao tratamento dispensado a embriões criados in vitro, muito mais restritivas do que no resto do mundo. Ainda assim, as perdas embrionárias inerentes à utilização da FIV, mais altas do que as do processo natural de reprodução (por estimativa, já que é impossível precisar as perdas ocorridas no processo natural), foram determinantes para a decisão da Sala Constitucional.

A partir desse cenário se deu a primeira condenação do Estado da Costa Rica pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (ZENNI et al., 2018, p. 737). Invocando sua competência de última intérprete da Convenção, a Corte determinou o alcance da proteção à vida conferida pelo artigo 4.1 da Convenção em relação a embriões fecundados in vitro, em especial com relação a outros direitos igualmente protegidos no mesmo tratado.

Este trabalho tem como objetivo analisar criticamente a sentença produzida pela Corte no julgamento do caso *Artavia Murillo*.

371 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundación in vitro) c. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, § 69.

Para tanto, serão descritas as decisões da Sala Constitucional e o caminho que o assunto percorreu até ser julgado pela Corte, com atenção para seus fundamentos que tenham relação com o artigo 4.1 da Convenção. Mais adiante, serão expostas as principais críticas da doutrina internacionalista à decisão da Corte no caso *Artavia Murillo* e suas implicações e consequências. Em seguida, será explicado o debate filosófico por trás do julgamento e o caminho que a Corte poderia ter seguido para produzir uma decisão sobre tema tão controverso que não fosse ela mesma tão polêmica, seguindo a abordagem que a corte constitucional brasileira – o Supremo Tribunal Federal – tem adotado em casos igualmente sensíveis.

Por fim, será desenvolvida a conclusão sobre a decisão no caso *Artavia Murillo* e as reações doutrinárias que se seguiram, com crítica ao nível de detalhamento com que a sentença tratou de assuntos tão discutíveis desnecessariamente, finalizando-se com argumento em favor de uma atuação da Corte focada na solução de demandas do ponto de vista estritamente jurídico.

2. ARGUMENTOS UTILIZADOS NO CASO ARTAVIA MURILLO

A Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica decidiu sobre a relação entre a FIV e vida humana sob um viés absolutamente conservador e restritivo. O resultado final do julgamento não denota que quaisquer outros interesses foram levados em consideração ou, se considerados, tiveram a mínima chance contra o direito que os julgadores entenderem ser absoluto do embrião de um ser humano: o direito à vida.

Como fundamento para decidir que o embrião in vitro é uma pessoa, a Sala Constitucional considerou que a primeira célula formada pela fecundação dos gametas masculino e feminino já possui toda a informação genética necessária e suficiente para definir as características de um novo ser humano. Por esse motivo, independentemente de a fecundação ter ocorrido dentro ou fora do corpo da mulher, no momento dessa união um novo ser humano seria formado e faria surgir a imposição sobre o Estado do dever de impedir atos que possam causar lesão a sua vida tanto quanto à vida de um ser humano desenvolvido.

Como explicado acima, a opção pela técnica de fertilização in vitro implica perdas embrionárias inerentes à sua utilização. Esse fato foi preponderante na decisão da Sala Constitucional pela proibição da FIV na Costa Rica e pela declaração de inconstitucionalidade do Decreto que a regulamentava em seu território. A Sala Constitucional esclareceu que, se a técnica evoluísse a ponto de zerar a taxa de perdas embrionárias, a FIV não seria então inconstitucional naquele país.³⁷²

372 “Segundo a Sala pôde constatar, a aplicação da Técnica de Fecundação in Vitro e Transferência Embrionária, na forma em que se desenvolve na atualidade, atenta contra a vida humana. Este Tribunal sabe que os avanços da ciência e da biotecnologia são tão vertiginosos que a técnica poderia chegar a ser melhorada de tal maneira que os reparos indicados aqui desapareçam. Entretanto, as condições nas quais se aplica atualmente levam a concluir que qualquer

Como mencionado, a decisão da Sala Constitucional foi tomada em 15 de março de 2000. Entre 1995 e 2000, a FIV foi realizada na Costa Rica pela entidade privada denominada “Instituto Costarriquenho de Infertilidade” e nesse período nasceram quinze costarriquenhos fecundados em laboratório.³⁷³ Com a proibição da FIV pela Sala Constitucional, pessoas que estavam realizando tratamento para infertilidade se viram obrigadas a encerrá-lo ou procurarem outro país para continuá-lo.³⁷⁴

Muitos entenderam que alguns de seus direitos previstos na Convenção Interamericana foram violados com a sentença da Sala Constitucional do Estado da Costa Rica, que acabou sendo questionada perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos por meio de duas petições, uma apresentada em 2001 e outra em 2010. A primeira das petições gerou o caso *Ana Victoria Sanchez Villalobos vs. Costa Rica*. A segunda, o caso *Daniel Gerardo Gomez, Aida Marcela Garita et al. vs. Costa Rica*.

Ambas as petições foram declaradas admissíveis pela Comissão, mas apenas a primeira chegou a uma decisão da Corte Interamericana. Essa petição foi renomeada como *Gretel Artavia Murillo c. Costa Rica* em referência a uma das demandantes (em razão da retirada da Sra. Sanchez Villalobos e seu marido da causa devido a sua mudança de posição sobre o assunto) (DE JESÚS, 2014, p. 225).

A Comissão fez uma série de recomendações ao Estado da Costa Rica em relatório aprovado em 14 de julho de 2010. Após conceder três extensões de prazo ao Estado para o cumprimento das recomendações, a Comissão decidiu apresentar o caso à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 29 de julho de 2011, dez anos após a demanda ter sido recebida por aquele órgão. O caso foi submetido à Corte sob vários argumentos, principalmente de que a decisão da Sala Constitucional consistia em proibição geral e absoluta de praticar a FIV e que isso implicaria em violação a outros direitos humanos além do direito à vida e que são igualmente protegidos pela Convenção.³⁷⁵

A Comissão também argumentou perante a Corte que a norma da Convenção deveria ser interpretada de forma que não afrontasse a realidade jurídica dos países da

eliminação ou destruição de concebidos – voluntária ou derivada da imperícia de quem executa a técnica ou da inatidão desta – viola seu direito à vida, visto que a técnica não é conforme com o Direito da Constituição e, por isso, o regulamento questionado é inconstitucional por infração ao artigo 21 da Constituição Política e 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Em razão de que a técnica, considerada em si mesma, contravém o direito à vida, deve-se deixar constância expressa de que, nem sequer por norma de ordem legal é possível autorizar legitimamente sua aplicação, ao menos, insiste-se, enquanto seu desenvolvimento científico permaneça no atual estado e signifique o dano consciente de vidas humanas”. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, § 76.

373 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, § 70.

374 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, § 125.

375 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, § 1º.

região, que, em sua maioria, não estabelecem proteção absoluta à vida do embrião. Pelo contrário, o ordenamento de diversos países da América Latina e do Caribe descriminalizam o aborto em determinadas circunstâncias.³⁷⁶

Quanto ao argumento de que a decisão da Sala Constitucional teve como consequência a proibição absoluta da FIV na Costa Rica, a Comissão alegou que a única exceção admitida na sentença dizia respeito a avanço científico ainda não alcançado e, portanto, a proibição não admitia exceção alguma na prática. Além disso, a Comissão alegou que a proibição constituiu uma violação do direito à igualdade das vítimas, já que o Estado lhes impediu o acesso a um tratamento que lhes teria permitido superar sua situação de desvantagem em relação à possibilidade de ter filhos biológicos. Ademais, esse impedimento teria produzido um impacto desproporcional nas mulheres, que seriam socialmente mais pressionadas a terem filhos do que os homens.

Com base nesses argumentos, a Comissão solicitou à Corte que declarasse a responsabilidade internacional do Estado da Costa Rica pela violação aos artigos 11.2 (proteção da vida privada e familiar), 17.2 (direito a formar uma família) e 24 (igual proteção da lei) da Convenção Americana.³⁷⁷

Um ano e quatro meses após tomar conhecimento do caso, a Corte proferiu decisão histórica sobre o tema. Em sentença de 28 de novembro de 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu o caso *Artavia Murillo*, condenando o Estado da Costa Rica pela violação aos artigos 5.1 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade social), 11.2 e 17.2 da Convenção e determinando a reparação dos danos causados às vítimas indicadas no processo.³⁷⁸

Vários foram os fundamentos utilizados pela Corte em sua decisão. Sobre as definições básicas dos vocábulos utilizados no artigo 4.1 da Convenção, a Corte consignou na sentença que a concepção não pode ser compreendida como um momento ou processo excludente do corpo da mulher, tendo em vista que o embrião não tem nenhuma possibilidade de sobrevivência se não for transplantado para o útero³⁷⁹. As técnicas médicas em que se baseiam a FIV permitem separar o momento da fecundação do óvulo do momento da implantação do embrião e é somente dentro do útero que o embrião pode se desenvolver até que nasça um bebê. A Corte levou em conta ainda a definição da palavra “concepção” para os dicionários à época da redação da Convenção Americana e concluiu que, para eles, concepção seria sinônimo de implantação, e não de

376 Para um levantamento sobre as situações em que os países da América Latina e do Caribe descriminalizam o aborto, ver DE JESÚS, 2013.

377 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, §§ 3 e 4.

378 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, § 317.

379 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, § 187.

fecundação.³⁸⁰ Por esses motivos, segundo a Corte, a implantação, e não a fecundação, seria o marco inicial da concepção e da proteção jurídica do direito à vida.

Combinando esses argumentos, a Corte concluiu ainda que, antes da implantação do embrião no útero, não se pode aplicar o artigo 4º da Convenção Americana, o qual se refere a “toda pessoa”. Portanto, segundo esse raciocínio, o embrião in vitro não possui status de pessoa. Ainda, explicou que a expressão “em geral” indica possíveis exceções à tutela do direito à vida desde a concepção e permite inferir que o direito à vida não é absoluto, mas gradual a partir do seu desenvolvimento, e não pode ser utilizado para justificar a negação completa de outros direitos.

A Corte considerou também que a decisão da Sala Constitucional, ao condicionar a realização da FIV naquele Estado à inexistência de perda embrionária, importou em uma proibição absoluta da sua utilização. Como argumento, a Corte destacou que, mesmo tendo transcorridos doze anos entre a decisão da Sala Constitucional e a sentença da Corte, a FIV ainda não estava sendo realizada na Costa Rica no ano de 2012.³⁸¹ Realmente, apesar de todo o desenvolvimento tecnológico da FIV, não havia naquela época, como ainda não há até hoje, possibilidade de certeza de que não haverá perda embrionária quando da realização dessa técnica de reprodução assistida.

Ainda a esse respeito, a Corte observou que o Decreto declarado inconstitucional pela Sala Constitucional contava com medidas de proteção para o embrião, já que estabelecia o número de óvulos que podiam ser fecundados e proibia e determinava que todos fossem implantados de uma vez e sem possibilidade de doação para outra mulher. Tendo em vista esses argumentos, a Corte julgou desproporcional pretender proteger-se de forma absoluta o embrião em relação a um risco que resulta comum e inerente inclusive em processos naturais de fecundação.³⁸²

Além disso, a Corte partiu para uma interpretação sistemática e histórica. Na elaboração da interpretação sistemática, a Corte analisou os sistemas universal, interamericano, europeu e africano para chegar a uma conclusão sobre o tema. Especificamente quanto ao Sistema Interamericano, a Corte concluiu que a análise de seus casos antecedentes confirma que não é adequado conceder o status de pessoa ao embrião. Para chegar a esse resultado, a Corte afirmou que a expressão “toda pessoa” é utilizada em vários artigos da Convenção Americana os quais, quando analisados, não permitem a argumentação segundo a qual um embrião seria titular dos direitos consagrados em cada um deles.³⁸³

380 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundación in vitro) c. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, § 179.

381 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundación in vitro) c. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, § 159.

382 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundación in vitro) c. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, §§ 306 e 311.

383 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundación in vitro) c. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, §§ 223 e 224.

Indo além, a Corte fez também uma interpretação evolutiva do texto da Convenção. Como já fez em outras ocasiões³⁸⁴, o Tribunal repetiu a sua postura em abordar os tratados de Direitos Humanos como instrumentos “vivos”, cuja interpretação deve acompanhar as condições da realidade atual de sua aplicação. A Corte destacou que a interpretação evolutiva seria de especial relevância no caso porque a elaboração da Convenção precede à existência do procedimento de FIV, quando sequer era contemplada cientificamente a possibilidade de que a fertilização pudesse ser realizada fora do corpo da mulher. O avanço tecnológico que permitiu a constatação de que há um intervalo de tempo entre a união do óvulo com o espermatozoide e a sua implantação surgiu apenas após a redação da Convenção.

Por isso, a Corte constatou que a definição de “concepção” dos redatores da Convenção Americana não podia antecipar a constatação do íterim entre os dois fenômenos. O fato de a Costa Rica ser o único país que proibiu a técnica na região demonstraria, para a Corte, que outros Estados não conferiram proteção absoluta à vida do embrião não implantado, mas, ao contrário, parecem ter compreendido a proteção mencionada no artigo 4.1 da Convenção como de caráter gradual e progressivo da vida pré-natal a ser implementada conforme o seu desenvolvimento.³⁸⁵

Finalmente, a Corte analisou a suposta violação dos demais direitos em jogo previstos na Convenção à luz de um juízo de proporcionalidade. Lembrando mais uma vez seu entendimento de que o direito à vida não é absoluto, a Corte considerou que o sacrifício dos direitos envolvidos no caso foi desmedido em relação às vantagens pretendidas com a proteção do embrião. De um lado, a Corte considerou o direito à integridade pessoal, à liberdade pessoal, à vida privada, à intimidade, à autonomia reprodutiva, ao acesso a serviços de saúde reprodutiva e a formar uma família. Em contraste, considerou que o impacto na proteção do embrião é muito leve, tendo em vista que a perda embrionária ocorre tanto na FIV como na gravidez natural.

Por todo o exposto, a Corte declarou a violação da Convenção Americana em detrimento dos cidadãos costarriquenhos interessados no processo para condenar o Estado da Costa Rica a adotar as medidas apropriadas para tornar sem efeito a proibição de praticar a FIV em seu território e para que as pessoas que desejassem fazer uso dessa técnica de reprodução assistida pudessem fazê-lo sem encontrar impedimentos ao exercício dos direitos que foram considerados violados na decisão. A decisão foi tomada por maioria de cinco votos a um. O então Vice-Presidente da Corte, de nacionalidade costarriquenha, não tomou parte na decisão.³⁸⁶ O único juiz discordante da sentença produziu voto dissidente em que a criticou contundentemente.

384 Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, “Meninos de rua” (*Villagrán Morales e outros*) c. Guatemala, Mérito, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C No. 63, § 193.

385 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro)* c. Costa Rica, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, §§ 245, 246 e 256.

386 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro)* c. Costa Rica, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, Nota de Rodapé 1.

O juiz autor do voto dissidente da decisão registrou que o assunto dos autos não consistiu no que a maioria decidiu. O assunto colocado nos autos pela Comissão e pelos cidadãos costarrriquenhos consistia em avaliar-se se a decisão da Sala Constitucional era internacionalmente ilícita, ou, especificamente, se violou o artigo 4.1 da Convenção. Segundo argumentou o autor do voto dissidente, a Corte não cuidou de dirimir a controvérsia apresentada nos autos, já que não decidiu se o Estado demandado violou esse artigo. No mérito, de acordo com seu voto, a sentença teve o efeito prático de privilegiar todos os direitos nela analisados em detrimento do direito à vida. O autor do voto dissidente definiu que a vida de uma pessoa existe desde o momento em que ela é concebida ou, em outras palavras, que o embrião é pessoa desde o momento da concepção, o que ocorre com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Por fim, concluiu, o objeto e fim do artigo 4.1. consistem em que a lei proteja o direito de toda pessoa à vida a partir da concepção, ou seja, que efetivamente se proteja esse direito de toda pessoa, incluído, portanto, o do concebido e ainda não nascido.³⁸⁷

A maior parte da doutrina internacionalista foi igualmente crítica da decisão, repletando fundamentos utilizados no voto dissidente e acrescentando novos argumentos. Em seguida serão analisadas as opiniões doutrinárias sobre a sentença no caso *Artavia Murillo*.

3. REAÇÕES DOUTRINÁRIAS À DECISÃO NO CASO ARTAVIA MURILLO

A sentença da Corte Interamericana no caso *Artavia Murillo c. Costa Rica* já foi detalhadamente analisada pela doutrina internacionalista em diversos textos acadêmicos. Como regra geral, a decisão é severamente reprovada. As críticas envolvem desde o fato de a Corte ter errado ao se pronunciar extensivamente sobre dilemas morais tão intensos como o status do embrião in vitro e o início da vida humana quanto em razão da utilização de métodos que têm sido adotados pela Corte nos últimos anos e que não são unanimemente aceitos por analistas de direito internacional (ESPINOZA E CHRISTOPOULOS, 2018, p. 7). Acima de tudo, porém, foi a fundamentação da sentença que recebeu o maior volume de avaliação negativa, em razão de ter sido considerada por grande parte da doutrina como contraditória (DE JESÚS, 2014, p. 239), arbitrária (CIANCIARDO, 2016, p. 182) e fraca (HERRERA, 2013, p. 74).

A seguir, serão descritas as principais críticas à decisão do caso *Artavia Murillo*.

Em primeiro lugar, a opinião mais repetida entre muitos doutrinadores diz respeito à força e à lógica da fundamentação da sentença. O esforço da Corte para diferenciar os conceitos de concepção e fecundação foi alvo de crítica de diversos

387 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundación in vitro) c. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, voto dissidente do juiz Eduardo Vio Grossi.

autores. Não há consenso entre cientistas, médicos, biólogos ou juristas sobre o momento exato da concepção, o status do embrião in vitro ou o momento de início da vida humana. A própria Corte reconhece isso expressamente na sentença. Mas fato é que “há opiniões que veem nos óvulos fecundados uma vida humana plena”³⁸⁸. Para essas pessoas, a restrição feita na sentença sobre o âmbito de proteção do artigo 4.1 ter início com o momento da implantação do óvulo no útero resultou na incoerência de a interpretação do texto ser contrário ao que está no próprio texto (ESPINOZA E CHRISTOPOULOS, 2018, p. 5).

Na tentativa de fundamentar a sua escolha pela definição de concepção como implantação, a Corte socorreu-se de dicionário da língua espanhola que, segundo o seu entendimento, quando foi redigido o artigo 4.1 da Convenção Americana, diferenciava entre o momento da fecundação e o momento da concepção, entendendo concepção como implantação.³⁸⁹ Entretanto, se o próprio termo é ambíguo, o recurso ao dicionário não pode ser considerado suficiente para esclarecer seu significado (MIGUEL E FAJURI, 2014, pp. 91-92).

Ainda quanto à lógica adotada na sentença, há forte crítica acusando o texto de ser claramente contraditório em alguns pontos. Aponta-se para o fato de a Corte ter conseguido negar que o embrião in vitro é um ser vivo para logo em seguida defender a necessidade de se proteger a vida do embrião de forma gradual e progressiva.³⁹⁰ Entende-se que as duas ideias são incompatíveis, pois ou o embrião in vitro tem vida e, portanto, está protegido pelo artigo 4.1 da Convenção, ou não tem vida e tampouco tem proteção garantida por esse artigo (ESPINOZA E CHRISTOPOULOS, 2018, p. 5). De fato, embora tenha afastado a incidência do art. 4.1 ao caso em exame, mais adiante, ao aferir se a decisão de proibir por completo a FIV na Costa Rica observa os parâmetros de proporcionalidade, a Corte realiza uma ponderação de valores entre outros direitos e o direito à vida previsto no art. 4.1.

Seguindo-se essa linha de raciocínio, questiona-se: se o embrião não implantado não se encontra protegido pelo art. 4.1, por que balancear direitos? Se for verdade que “o embrião não pode ser entendido como pessoa para efeitos do artigo 4.1 da Convenção Americana”, como pode ser preciso que haja “um adequado balanço” entre os direitos em conflito no caso, dentre eles, “a vida pré-natal” e “os direitos fundamentais de outras pessoas, em especial da mãe”?³⁹¹.

388 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundación in vitro) c. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, § 185.

389 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundación in vitro) c. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, §§ 181 e 187.

390 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundación in vitro) c. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, §§ 264 e 260.

391 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundación in vitro) c. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, §§ 264 e 260.

Ainda sobre a análise quanto à qualidade argumentativa da sentença, há quem defenda que as razões que a fundamentam são ambivalentes, ou seja, que argumentos opostos poderiam ter o mesmo peso lógico e ser igualmente úteis para fundamentar uma decisão completamente diferente (CIANCIARDO, 2016, p. 174). Em outras palavras, a Corte poderia ter chegado a conclusões opostas apenas invertendo os próprios argumentos e a decisão teria o mesmo nível de acerto.

Por exemplo, a Corte utilizou como fundamento de sua decisão que a concepção se inicia com a implantação e o fez com base em textos científicos, opinião de peritos e pesquisa em dicionários. Contudo, poderia ter considerado que a concepção tem início com a fecundação com base nos mesmos recursos, pois há textos científicos, peritos e dicionários que suportam essa opção. O resultado teria sido uma decisão em sentido contrário, acompanhando o raciocínio adotado pela Sala Constitucional costarricense ao invés de rejeitá-lo.

É perfeitamente válido que se defenda que a concepção tem início com a fecundação, tenha ela ocorrido dentro ou fora do útero, pois, como reconhecido na própria sentença, “não existe uma definição consensual sobre o início da vida”.³⁹² Por isso, para quem defende entendimento diverso, a escolha da maioria dos juízes da Corte de definir concepção como implantação do embrião no útero parece ter carecido de método. Assim, a leitura da sentença pode causar a impressão de que os juízes selecionaram arbitrariamente seus argumentos no meio de muitas alternativas possíveis, fazendo parecer que qualquer solução para o caso seria possível, o que, em última medida, inutiliza o texto da Convenção (CIANCIARDO, 2016, p. 177).

Em segundo lugar, seguindo essa linha de raciocínio, critica-se o que teria sido uma extrapolação da competência da Corte com o julgamento, excesso que teria ocorrido pelo fato de os juízes terem fixado a interpretação do artigo 4.1 da Convenção não pelo que está escrito, mas pelo que gostariam que estivesse escrito. Afirma-se, assim, que a decisão teve o efeito acidental de equiparar o desejo de alguns julgadores a direitos previstos em tratado internacional (CIANCIARDO, 2016, p. 164).

De fato, a falta de critério único e claro para o que se observou ser uma atribuição de maior valor a determinadas ideias do que a outras igualmente válidas fez surgir o questionamento sobre se a Corte decidiu nesse caso conforme o direito ou conforme as preferências pessoais dos juízes (DÍAZ, 2013, pp. 319-320). Chega-se a afirmar que a sentença não parece ter sido uma decisão judicial tomada por juízes imparciais, mas um documento em defesa do direito ao aborto onde se fez uma “leitura pró-escolha de um tratado pró-vida”, pois a Corte teria, com o julgamento, alargado sua competência como intérprete a ponto de atingir um suposto poder de emendá-la (DE JESÚS, 2014, 266).

392 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundación in vitro) c. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, § 185.

Em terceiro lugar, quanto aos métodos empregados na sentença, a crítica que se faz é sobre a tendência observada nessa e em outras decisões tomadas pela Corte ao longo dos anos que têm mudado as regras do jogo em relação aos parâmetros do Direito Internacional dos Direitos Humanos, regras essas às quais os Estados se comprometeram com a assinatura e ratificação da Convenção. Condena-se essa abordagem porque, para que a tutela internacional funcione adequadamente, é preciso ter clareza quanto às normas a que os Estados se obrigam e quanto aos procedimentos a serem utilizados na tutela dos direitos convencionados (ABBOTT, 2015, p. 22).

Segundo esse entendimento, o fato de a Corte ter recorrido a diversas fontes para fundamentar o seu julgado inutiliza a lógica da assinatura dos tratados, pois bastaria o Estado assinar um tratado internacional que estaria automaticamente obrigado por todos os outros. Com efeito, no caso *Artavia Murillo*, a Corte recorreu a outros tratados internacionais e regionais (a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, por exemplo), a documentos não vinculantes (como os trabalhos preparatórios da Convenção, por exemplo) e até à jurisprudência de outros tribunais internacionais e nacionais (foram citadas pela Corte decisões emblemáticas tomadas nos Estados Unidos e na Colômbia³⁹³, por exemplo) (ABBOTT, 2015, p. 23) para fundamentar sua decisão.

Todas essas fontes receberam pesos diversos de acordo com a vontade dos juízes no julgamento do caso, sem compromisso com critérios previamente fixados e sem que ficasse clara a diferença de relevância entre elas. Por exemplo, entre um tratado ao qual a Costa Rica se comprometeu a seguir e a jurisprudência doméstica de outros Estados, a Corte pareceu conferir relevância desproporcional à última.³⁹⁴

Entretanto, afirma-se que não faz sentido utilizar todas aquelas fontes diferentes para fundamentar a interpretação de uma norma da Convenção. Apenas excepcionalmente cada uma daquelas fontes poderia servir como recurso válido para auxiliar na interpretação do texto do tratado (DÍAZ, 2013, p. 317). Para exemplificar, a Corte poderia utilizar a interpretação dada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos a determinado conceito abstrato para auxiliar no seu trabalho de interpretação, mas não poderia utilizá-lo para concluir algo que contradiz a literalidade do texto da Convenção.

De fato, de acordo com as normas internacionais de interpretação de tratados da Convenção de Viena, a Corte pode certamente confiar em quaisquer regras relevantes do direito internacional aplicáveis nas relações entre as partes, o que é diferente de se preten-

393 Critica-se também o fato de que a Corte optou por citar sentenças dos Estados Unidos e da Colômbia, países com jurisprudência favorável à argumentação adotada na sentença, ao mesmo tempo em que ignorou sentenças de outros países com jurisprudência oposta, como Peru e Chile (DÍAZ, 2013, p. 319 e DE JESUS, 2014, p. 252).

394 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, § 260.

der aplicar sobre os Estados-partes da Convenção o texto de tratados de que não fazem parte a Costa Rica ou qualquer outro país da América (DE JESÚS, 2014, pp. 250-251).

Em quarto lugar, em crítica já introduzida acima, a doutrina questiona a imparcialidade dos juízes da Corte. Afirma-se que são conhecidas as opiniões e preferências de juízes que decidiram o caso *Artavia Murillo* sobre o tema “aborto” e que essas opiniões podem ter tornado difícil que mantivessem a imparcialidade necessária para o julgamento de caso em que se definiu quando começa a vida (DE JESÚS, 2014, pp. 226-228). Além disso, critica-se ainda a seletividade da Corte ao se apoiar em depoimentos de peritos que teriam atuado no caso em situação de suposto conflito de interesses (DE JESÚS, 2014, p. 231).

Nessa linha de raciocínio, em quinto lugar, a definição de “instrumento vivo” que a Corte deu à Convenção provocou reações doutrinárias por aumentar o risco de subjetividade na decisão e por parecer consistir em atribuição conferida pelos juízes a si mesmos de liberdade para reescrever a Convenção de acordo com suas preferências (DE JESÚS, 2014, pp. 262-263). Nesse sentido, a Corte registrou que a interpretação do texto da Convenção deve acompanhar a evolução dos tempos.³⁹⁵ No entanto, afirma-se que esta é uma das partes mais defeituosas da sentença, pois, ao invés de demonstrar a qualidade de “instrumento vivo” da Convenção com base em premissas encontradas no sistema interamericano, a Corte cita principalmente decisões judiciais de países europeus (Alemanha, Espanha), dos Estados Unidos (país que não é parte da Convenção Americana) e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos para integrar o texto da Convenção e apoiar seu argumento (DE JESÚS et al., 2013, p. 163).

Por fim, outra avaliação recorrente na doutrina é de que o resultado final do julgamento foi contrário à aplicação de boa-fé das normas internacionais de interpretação de tratados. Segundo essa ideia, ao desvincular o conceito de “concepção” da fertilização e fixar o seu início com a implantação, a Corte deu interpretação restritiva ao artigo 4.1 da Convenção, pois excluiu de sua rede de proteção os embriões fecundados fora do corpo humano.

Contudo, a própria Convenção possui regras de interpretação que vedam essa abordagem: no artigo 29(a) está expressamente previsto que “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista”. Assim, no caso, o fato de ter sido definido que a concepção tem início com a implantação do embrião retiraria do embrião in vitro a proteção do artigo 4.1, o que violaria o artigo 29(a) da Convenção (DE JESÚS, 2014, pp. 229-230).

395 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundación in vitro) c. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, § 245.

Com todas essas opiniões, percebe-se que algumas das críticas da doutrina internacionalista ao julgamento do caso *Artavia Murillo* revelam, sobretudo, as resistências e as insatisfações para com a atuação mais recente da Corte de forma geral (ESPINOZA E CHRISTOPOULOS, 2018, p. 8). Dentre as demais opiniões contrárias à decisão elaboradas pela doutrina internacionalista, destaca-se uma que tampouco é exclusiva à decisão nesse caso, mas que consiste principalmente em avaliação negativa da atuação da Corte em geral: afirma-se que a Corte tem adotado com frequência cada vez maior uma atitude maximalista em suas decisões. Por exemplo, no caso *Artavia Murillo*, isso teria ficado evidente na medida em que há uma insistência dos juízes em analisar cada detalhe do caso, buscando estabelecer regras gerais para casos futuros e estender ao máximo sua competência. Tal atitude maximalista seria contrária à subsidiariedade inerente à função de um tribunal internacional e também é manifestamente contrária a posição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que mantém postura minimalista, reservando aos Estados uma ampla margem de livre apreciação (DÍAZ, 2013, 314-317).

Entendimentos contrários – elogiosos da decisão – são significativamente menos numerosos e parecem existir mais porque seus autores concordam com o resultado do julgamento do que com os métodos ou argumentação utilizados para fundamentar a sentença. Em comum entre os artigos que apoiam a decisão está a ideia de que a proteção do direito à vida pretendida pelo artigo 4.1 da Convenção existe desde que isso não implique restrição desproporcional a outros direitos que o mesmo texto normativo também protege.

Portanto, defende-se que o direito à vida não é absoluto. Além disso, entende-se que o debate em questão não se resume à indagação sobre o início da vida ou da personalidade humana, mas, também, sobre o direito à saúde, à integridade física, à autonomia, ao livre desenvolvimento da personalidade e ao planejamento familiar de pessoas que vislumbram na ciência a possibilidade de cura para infertilidade. Segundo se entende, “diante dessa constatação não apenas lógica, mas, sobretudo, humanitária, a escolha da Corte Interamericana de Direitos Humanos não deve significar um desprezo pelos embriões in vitro, mas sim compaixão pelo sofrimento alheio e o respeito à vida, em seus vários aspectos (...)” (ZENNI et al., 2018, p. 14).

4. OPINIÃO SOBRE A DECISÃO DA CORTE NO CASO ARTAVIA MURILLO

Tendo sido expostos os fundamentos da decisão no caso *Artavia Murillo* e as opiniões da doutrina internacionalista sobre a sentença, passa-se a elaborar uma análise crítica do trabalho da Corte nesse caso.

O começo da vida é controvérsia que há muito desperta a inquietação de estudiosos de diversos setores do saber humano formal, como o Direito, a filosofia, a religião, a ética, a antropologia e as ciências médicas e biológicas, notadamente a genética e a

embriologia. Por ser objeto de estudo tão multidisciplinar e complexo, comporta conclusões discrepantes ainda que igualmente legítimas.

Considerando-se a impossibilidade de se chegar a um acordo sobre seu conceito definitivo, é inadequado que se tente obtê-lo por meio de decisão judicial, ainda mais por uma decisão oriunda de um tribunal internacional. A Corte Interamericana falhou em diversos pontos da decisão sobre o caso *Artavia Murillo*, mas seu principal erro foi estrutural: a própria tentativa de definição de “concepção”, “vida” e “pessoa” em um cenário em que se discutia esses conceitos em relação a embriões in vitro foi o maior equívoco dos julgadores do caso.

Diante do impedimento de conceber filhos naturalmente, as pessoas passam por situações que vão da vergonha e frustração à eventual aceitação do que a ciência oferece como alternativa para o problema. Dentre as opções médicas oferecidas, a FIV se destaca por consistir em técnica já conhecida e amplamente utilizada. Como explicado acima, a FIV consiste na união dos gametas masculino e feminino em laboratório, sendo que o resultado da união é estimulado a se desenvolver ali mesmo para em um momento posterior ser transferido para o útero e dali em diante seguir o caminho de uma gravidez convencional.

Percebe-se por essa descrição a necessidade de se pensar, a partir do surgimento da técnica da reprodução in vitro, nos conceitos de concepção e de início da vida humana. Tradicionalmente, a linguagem popular descreve o momento da concepção como o da relação sexual que resultou na gravidez. Diz-se, por exemplo, que fulano “foi concebido” em determinada viagem de lua de mel. Cientificamente, porém, o momento da relação sexual que precede a gravidez convencional não coincide com o dia em que o gameta masculino encontra o gameta feminino, sendo preciso período que consiste em dias para que o espermatozoide percorra o caminho do sistema reprodutor feminino e encontre o óvulo e ambos, já unidos, tracem o seu próprio caminho e se acoplem à parede uterina. A partir daí o corpo feminino passará a produzir determinado hormônio que, quando reconhecido por exame de urina ou de sangue, classifica aquele estado da mulher como gravídico.

Ou seja, para a medicina, o momento mais cedo em que se consegue afirmar que uma mulher está grávida e que daquele estado em que se encontra poderá nascer um bebê é o momento em que se realiza um exame para se detectar o hormônio da gestação em seu corpo. Da mesma forma, trazendo-se esse raciocínio para uma gestação iniciada por fertilização in vitro, quando os gametas estão no laboratório, ainda não há gravidez; quando os gametas são unidos e um embrião é formado, ainda não há gravidez; mesmo depois de implantado esse embrião em um útero, ainda não há gravidez; apenas quando realizado o exame que detecta o hormônio típico da gestação em uma mulher é que se pode dizer que ela está grávida.

Caso se entenda que a concepção do ser humano ocorre no momento da fecundação e que, portanto, cada embrião in vitro é uma pessoa, equivalente a um ser humano completamente desenvolvido, então descartá-lo seria realmente equivalente a matar alguém (SANDEL, 2013. p. 33). Porém, dificilmente se encontra uma pessoa que realmente acredita nessa linha de raciocínio. Em um caso hipotético, imaginando-se que haja um incêndio em uma clínica de fertilidade e que um adulto só teria tempo para salvar uma menina de cinco anos ou uma bandeja com vinte embriões congelados, seria errado salvar a menina? Dificilmente se encontraria alguém que defendesse o salvamento da bandeja de embriões (situação descrita por SANDEL, 2013, pp. 128-129). Isso ocorre porque, para além da mera retórica utilizada ao se pretender defender que um embrião in vitro equivale a um ser humano já nascido, na prática é difícil defender-se essa ideia. E a totalidade dos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros não a adota, tendo em vista que admite a prática da FIV, que, como é incontestavelmente aceito, pressupõe a ocorrência de perdas embrionárias.

Ainda, se a concepção de um ser humano coincide com o momento da fecundação, deve-se refletir sobre se a concepção marca o início da vida de um novo ser humano. Novamente, a linguagem popular dá dica sobre como se compreende esse assunto tradicionalmente. Quando nasce um bebê, entende-se que sua vida começou naquele dia. Tanto que, um ano depois, comemora-se um ano de vida daquele bebê. E assim, segue por toda a sua vida, quando, ao morrer, considera-se que viveu x anos, meses e dias, a contar do dia de seu nascimento. Não se conta a idade da pessoa do dia de sua concepção, independentemente da forma em que foi concebido, nem do dia em que o embrião daquele ser humano foi implantado no útero materno, no caso da utilização da técnica de fertilização in vitro, mas sim do nascimento da pessoa. Assim, a linguagem indica que a vida tem início com o nascimento.

Para a ciência, contudo, não há consenso sobre quando se inicia a vida. Por esse motivo, parece correta a crítica doutrinária sobre a argumentação utilizada na sentença. Mas além de todas as falhas argumentativas apontadas por outros autores e que já foram descritas neste trabalho, o problema maior veio da própria vontade da Corte de adentrar essa discussão, quando não teria sido essencial para a decisão sobre o caso.

Tendo em vista toda a polêmica em torno desses conceitos e a falta de consenso científico sobre o tema, qualquer definição adotada pelos juízes pareceria arbitrária. Por esse motivo, melhor teria sido se a Corte tivesse tomado a decisão no caso *Artavia Murillo* sem embrenhar-se em detalhes quanto a termos utilizados no artigo 4.1 da Convenção que eram inúteis para a solução da controvérsia jurídica.

Note-se que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, tão citado pela Corte ao longo da sentença, jamais adotou posição sobre esses conceitos e permite aos Estados submetidos à sua jurisdição que, dentro de certos parâmetros, determinem em seus

ordenamentos internos quando a vida começa. Inclusive, esse Tribunal até hoje se recusou a definir se o nascituro é uma “pessoa” (DE JESÚS, 2014, p. 252).³⁹⁶ Na mesma linha, em *Roe v. Wade* (decisão em que a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou ser inconstitucional a lei que criminalizasse o aborto para proteger um feto nos dois primeiros trimestres de gravidez), decisão também citada pela Corte no julgamento do caso *Artavia Murillo*, a Suprema Corte não se posicionou sobre esses temas.

Foi equivocada, portanto, a opção que a Corte fez de se pronunciar detalhadamente sobre dilemas morais tão intensos como o status do embrião in vitro e o início da vida humana no julgamento do caso sob estudo. Melhor teria sido adotar-se uma abordagem em que o caso seria solucionado sem a pretensão de se alcançar uma resposta definitiva para todas as perguntas suscitadas no debate, pois muitas delas sequer têm solução dentro do Direito.

A melhor abordagem nesse sentido parece ser a adotada pelo Supremo Tribunal Federal, corte constitucional brasileira, em casos com temática semelhante. Quando julgou a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, o Supremo definiu expressamente logo no começo da decisão que a questão central a ser assentada não residia em se determinar o início da vida do ser humano, mas em saber que aspectos dessa vida são protegidos pelo ordenamento jurídico e em que medida.³⁹⁷

Nesse caso, o que se discutiu foi a constitucionalidade do emprego de células obtidas a partir de embriões excedentes do processo de reprodução assistida com a finalidade de utilizá-las em pesquisas científicas. Ao longo do julgamento, o Supremo promoveu audiências públicas durante as quais se assistiu a um intenso debate sobre quando a vida começa. Ainda assim, o Supremo teve o mérito de ter conseguido decidir, não só nesse caso, como em outros que se seguiram e que também versavam sobre a proteção jurídica do embrião e do feto, sem precisar adotar uma posição sobre a definição de “concepção”, “vida” e “pessoa”.³⁹⁸

As principais decisões seguintes do Supremo sobre o tema foram nos casos da descriminalização de interrupção de gestação de fetos anencefálicos³⁹⁹ e do aborto realizado até doze semanas de gestação⁴⁰⁰. Em ambos os casos, os temas eram extremamente delicados e controvertidos, mas o Supremo conseguiu se posicionar sobre o mérito de cada causa com relativa precisão, sem entrar em detalhes sobre assuntos que não eram essenciais para a solução da controvérsia colocada em juízo.

396 Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundación in vitro) c. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, §§ 234 a 242.

397 Supremo Tribunal Federal, ADI 3510, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, pp. 165-166.

398 Supremo Tribunal Federal, ADI 3510, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008.

399 Supremo Tribunal Federal, ADPF 54, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012.

400 Supremo Tribunal Federal, HC 124306, Relator para o Acórdão Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016.

Nesse contexto, não se entende o que pretendeu a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao tentar impor sobre todos os Estados-partes da Convenção a mesma definição de “concepção”, “vida” e “pessoa” no contexto dos embriões fecundados em laboratório. Como descrito acima, há lugares em que o aborto é crime em qualquer circunstância e há outros em que o aborto é legal até as doze semanas de gestação. Há ainda a maioria, onde o aborto é criminalizado em regra, mas pode ser admitido em certas situações.

Essas são regras previstas para embriões/fetos que se encontram dentro de um útero, em gestações já iniciadas. No caso do embrião in vitro, a FIV é regulamentada em diversos países e, como explicado na sentença do caso *Artavia Murillo*⁴⁰¹, a Costa Rica foi o único país do mundo a proibi-la, ainda mais da forma como fez, sem admitir exceções no estágio atual de desenvolvimento da técnica. Ou seja, em nenhum outro lugar se conferiu ao embrião in vitro tamanho grau de proteção.

Portanto, a conduta do poder judiciário costarricense de conferir status de pessoa ao embrião in vitro não é compartilhado pelos demais países da região. Mais uma vez, conclui-se que não há consenso sobre o tema. À vista dessa realidade, percebe-se o contrassenso da tentativa da Corte de bater o martelo sobre esse assunto.

Em poucas palavras, na decisão do caso *Artavia Murillo*, a Corte chegou às seguintes conclusões principais: 1) o embrião não pode ser considerado pessoa para efeitos da proteção do art. 4.1 da Convenção; 2) o termo “concepção” deve ser entendido como implantação do embrião no útero, razão pela qual, antes desse momento, não se aplica a proteção do art. 4.1 e; 3) a expressão “em geral” permite entender que a proteção da vida do nascituro não é absoluta, mas gradual e progressiva, podendo sofrer restrições quando em conflito com os demais direitos previstos na Convenção.⁴⁰²

O problema dessas conclusões é que, a bem da verdade, as duas primeiras contradizem a terceira, pois, se for estabelecido que o embrião não é pessoa e não está vivo, não há porque balancear o seu (inexistente) direito à vida com outros direitos previstos na Convenção. Por isso, teria feito melhor a Corte em ter se absterido de produzir as duas primeiras conclusões.

De fato, a decisão teria sido mais simples e bem aceita – se não pelo resultado, ao menos pela técnica argumentativa – se tivesse se limitado a esclarecer 1) que o direito à vida segundo a Convenção Interamericana não é absoluto e que 2) uma das exceções está no valor jurídico atribuído ao embrião fecundado in vitro.

Não seria complicado explicar a primeira parte, segundo a qual o direito à vida para a Convenção não é absoluto, pois o próprio artigo 4.1 traz exceções a esse direito.

401 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, § 67.

402 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, § 264.

Realmente, segundo esse artigo, o direito à vida deve ser protegido pela lei e, *em geral*, desde a concepção. Esse é o entendimento correto da expressão “em geral”: em regra, por via de regra, geralmente, na maior parte dos casos. Portanto, tal proteção comporta exceções. Tais exceções são, por exemplo, os casos de aborto legal previstos no ordenamento jurídico de diversos Estados-partes da Convenção.

Ademais, o artigo 4.1 determina que ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. “Arbitrariamente” significa casualmente, ilegitimamente, sem explicação ou justificativa plausível. Diversos países que são parte da Convenção parecem entender que o aborto realizado em gravidez resultante de estupro não é arbitrário, por exemplo. A Convenção admite, portanto, exceções ao direito à vida, o qual, como consequência, não pode ser considerado como absoluto (Cf. BOBBIO, 1992, pp. 15-24).

A segunda parte da solução que a Corte teria adotado com mais acerto e maior aceitação pela doutrina diz respeito ao valor jurídico atribuído ao embrião fecundado in vitro. Pela forma como foi decidido pela Corte, esse valor equivale a zero. Segundo consta expressamente na sentença, o embrião in vitro não é pessoa e não está tutelado pela Convenção Interamericana.⁴⁰³ Sem precisar afirmar o contrário, e incorrer no mesmo erro de se posicionar sobre tema polêmico desnecessariamente, a Corte poderia ter decidido pela necessidade de se analisar o potencial de vida do embrião após o nascimento para se definir o seu valor dentro do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

É verdade que o potencial de vida do embrião é diminuto enquanto não for transplantado para um útero. Seguindo essa linha argumentativa, esse potencial de vida do embrião in vitro, quando comparado com os direitos previstos na Convenção que foram reivindicados pelas supostas vítimas no caso *Artavia Murillo*, teria como resultado uma decisão que rejeitaria a possibilidade de proibição absoluta da técnica de fertilização in vitro pelos Estados-partes da Convenção.

Essa linha argumentativa, baseada na forma como o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem optado por julgar casos relacionados a embriões e fetos, parece ser a que melhor balanceia os interesses envolvidos em assunto tão controvertido. Inclusive, na decisão do Supremo sobre pesquisas científicas em células de embriões fecundados in vitro, a então Presidente daquele colegiado delimitou claramente o seu papel naquele processo. Na ocasião, a Ministra Ellen Gracie declarou que o Supremo Tribunal Federal não é uma academia de ciência e o que lhe cabia fazer naquele processo era analisar a constitucionalidade da lei, pura e simplesmente.⁴⁰⁴

Em contraste, a mensagem final alcançada com a leitura da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo* e os juízos doutrinários que

403 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo e outros (Fecundación in vitro) c. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, § 264.

404 Supremo Tribunal Federal, ADI 3510, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, p. 212.

se seguiram é de que a decisão adentrou terreno pantanoso ao ousar definir conceitos tão controvertidos sem que houvesse necessidade para tanto.

Diante de todo o exposto, a crítica que aqui se faz diz respeito à desnecessidade de se embrenhar em tema extremamente complexo e controvertido para tentar apresentar uma solução disfarçada de lógica e arrazoada, mas que ao final resultou ser contraditória e incoerente.

5. CONCLUSÃO

O caso *Artavia Murillo*, em que se discutiu sobre a prática de técnica de reprodução que necessariamente resulta em perdas embrionárias, é inerentemente controvertido. O judiciário do Estado da Costa Rica proibiu a utilização da FIV naquele território baseando a decisão no caráter absoluto do direito à vida, errando ao desconsiderar todos os outros direitos que estavam em conflito naquela situação. Como a utilização dessa técnica de reprodução assistida resulta obrigatoriamente em perdas embrionárias, a Sala Constitucional a proibiu sob o fundamento de que o direito à vida do embrião deve ser protegido desde a fecundação, ainda que realizada em laboratório.

Instada a deliberar sobre a compatibilidade dessa decisão com a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana, fazendo uso de diversos métodos de interpretação, decidiu que o embrião in vitro não poderia ser entendido como pessoa para efeitos da proteção outorgada pelo artigo 4.1 da Convenção. Além disso, a Corte concluiu que o termo “concepção”, no sentido do artigo 4.1, deve ser entendido como momento em que o embrião se implanta no útero, pois somente a partir desse momento é que o concebido terá as condições ambientais necessárias para o seu desenvolvimento e as chances de dar origem a uma pessoa. A Corte complementou a decisão afirmando que a cláusula “em geral” acarreta uma proteção relativa ao direito à vida, que comporta exceções à regra e que a proteção conferida pela Convenção deve ser gradual e progressiva segundo o grau de desenvolvimento do ser humano.

Ao longo do presente trabalho, buscou-se descrever o caminho percorrido pelo caso da proibição da FIV na Costa Rica, desde a edição do Decreto que regulamentou o uso da técnica naquele país até a decisão final da Corte Interamericana sobre sua compatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. É certo que qualquer decisão que a Corte tomasse sobre o tema teria gerado insatisfação, pois cuida-se de assunto polêmico que envolve diversos campos de conhecimento e ao qual não se atribui solução científica.

A ciência pode respaldar o fundamento adotado pela Sala Constitucional segundo o qual a primeira célula do embrião formado já contém a informação genética que será mantida por toda sua existência, mas ainda assim não há consenso científico sobre

quando se inicia a vida humana. Por isso, não havendo a possibilidade de se recorrer a critérios técnicos para chegar-se a essa definição, a Corte deveria ter se limitado a se posicionar sobre a questão jurídica dos autos, ao invés de se arriscar a apresentar solução para controvérsias irresolúveis.

Em razão de todo o exposto, melhor teria sido se a Corte tivesse abdicado de definir o momento de início da vida humana e se concentrado em determinar quando ela começa a receber proteção jurídica de acordo com a Convenção Interamericana. Tal abordagem, inspirada na forma como o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem decidido questões controversas relacionadas ao direito à vida, efetivamente teria respeitado a Convenção Americana ao mesmo tempo em que teria evitado o efeito colateral de provocar insegurança e insatisfação doutrinária com a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

BIBLIOGRAFIA

ABBOTT, Max Silva. *El caso Artavia Murillo vs. Costa Rica: análisis crítico y posibles efectos regionales*. Derecho Público Iberoamericano, Santiago, n. 6, p. 13-61, abr. 2015.

ARAUJO, Julia Picinato Medeiros de. ARAUJO, Carlos Henrique Medeiros de. *Biodireito e legislação na reprodução assistida*. Medicina (Ribeirão Preto Online). 26nov.2018;51(3):217-35. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/152104>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro; Editora Campus, 1992.

CARVALHAL, Ana Paula. *Fertilização in vitro expõe conflito entre Cortes*. Revista Consultor Jurídico. 27 de abril de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-27/observatorio-constitucional-fertilizacao-in-vitro-evidencia-conflito-cortes>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

CIANCIARDO, JUAN. *La especificación del derecho a la vida del no nacido en el sistema interamericano de derechos humanos. Una aproximación desde el caso “Artavia Murillo*. Dikaion, 25, 2(2016), pp. 160-189.

CHANDA, Anusua. *The miracle of IVF*. Journal of advanced pharmaceutical technology and research, Vol. 1, 3(2010):365. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3255419/>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

DÍAZ, Álvaro Paúl. *La Corte Interamericana in vitro: Comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia*. Revista Derecho Público Iberoamericano, Santiago, Vol. 2, pp. 303-345, 2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5639003>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

DE JESÚS, Ligia M. *Abortion in Latin America and the Caribbean: a comparative study of domestic laws and relevant jurisprudence following the adoption of the American Convention on Human Rights*. Ilsa Journal of International & Comparative Law. Vol. 20:1, 2013, pp. 1-47.

DE JESÚS, Ligia M. *A pro-choice reading of a pro-life treaty: the Inter-American Court on Human Rights’ distorted interpretation of the American Convention on Human Rights in Artavia v. Costa Rica*. Wisconsin International Law Journal. 2014, Vol. 32, n. 2, pp. 223-266.

DE JESÚS, Ligia. ÁLVAREZ, Jorge A. Oviedo. TOZZI, Piero A. *El caso Artavia Murillo y otros vs. Corta Rica (fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana*. Prudentia Iuris 2013, pp. 135-64. Disponível em: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/caso-artavia-murillo-costa-rica.pdf>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

ESHRE. Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia. *More than 8 million babies born from IVF since the world’s first in 1978*. Science News. 3 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.sciencedaily.com/>

releases/2018/07/180703084127.htm. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Comentários ao caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica* ("Fertilização in vitro") e seus possíveis reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. Pensar, Fortaleza, Vol.. 23, n. 2, pp. 1-11, abr./jun. 2018.

HARRINGTON, Alexandra R. *Life as We Know It: The Expansion of the Right to Life Under the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*. 35 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 313 (2013), pp. 312-341.

HERRERA, Ian Henríquez. *Comentario al Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros*. Revista Internacional de Derechos Humanos. 2013. pp. 55-77.

MIGUEL, Alfonso Ruiz; FAJURI, Alejandra Zunica; *Derecho a la vida y constitución: consecuencias de la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos "Artavia Murillo v. Costa Rica"*. Estudios Constitucionales, Santiago, ano 12, n. 1, pp. 71-104, 2014.

PIOVESAN, Flávia. FACHIN, Melina Girardi. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro; Forense, 2019.

SANDEL, Michael J. *Contra a Perfeição. Ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 2013.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves. AIRES, Fernanda Diniz. *A tutela do embrião in vitro na Convenção Americana de Direitos Humanos: uma interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Quaestio Iuris, Vol. 11, nº. 02, Rio de Janeiro, 2018. pp. 737 - 756.

WANG, Jeff. SAUER, Mark V. *In vitro fertilization (IVF): a review of 3 decades of clinical innovation and technological advancement*. Therapeutics and clinical risk management. Vol. 2,4 (2006): 355-364. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1936357/>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

O PLURALISMO NA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA NO CONTEXTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Marilaine Almeida Santos

RESUMO: A procriação medicamente assistida é um dos temas mais dinâmicos, fascinantes e controversos do mundo contemporâneo, sob as perspectivas biomédica, cultural, social, ética e jurídica. A legislação interna de alguns países tem admitido o recurso às tecnologias reprodutivas, independentemente de considerações sobre estado civil, sexo, orientação sexual, classe social ou condição de saúde da pessoa ou do casal beneficiário. Nesse contexto, este artigo tem por escopo discorrer a respeito do tratamento conferido ao acesso às técnicas de procriação medicamente assistida e sua compatibilidade com o valor-princípio-regra do pluralismo, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos e seus Protocolos Adicionais, em cotejo com o direito internacional geral e o direito internacional europeu.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Reprodutivos. Pluralismo. Acesso. Procriação medicamente assistida.

A Procriação Medicamente Assistida (PMA) é definida como um “conjunto de técnicas laboratoriais que visa obter uma gestação, substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo reprodutivo” (BADALOTTI, 2010, 479)⁴⁰⁵. O Glossário de Terminologias em Técnicas de Reprodução Assistida, elaborado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), ampliou o conceito de PMA e exemplificou suas técnicas (ZEGERS-HOCHILD *et al*, 2009, 2683-2689)⁴⁰⁶. Por sua vez, o Glossário Internacional sobre Infertilidade e Cuidados de Fertilidade de 2017 (ZEGERS-HOCHILD *et al*, 2017, 402)⁴⁰⁷, da Associação Americana de Medicina Reprodutiva, estendeu o conceito de PMA

405 BADALOTTI, Mariangela (2010) – Aspectos Bioéticos da Reprodução Assistida no Tratamento da Infertilidade Conjugal [em linha]. Porto Alegre: AMRIGS, 2010. [Consul. 01 abr. 2020]. p. 479. Disponível em http://www.amrigs.com.br/revista/54-04/022-732_bioetica_aspectos.pdf.

406 ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando; ADAMSON, G.D.; MOUZON, J. de; ISHIHARA, O.; MANSOUR, R.; NYGREN, K.; SULLIVAN, E.; VAN DER POEL, S. (2009) - The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009. Human Reproduction. [em linha] Vol. 24, N. 11, pp. 2683-2687. Oxford University Press. [Consul. 01 abr. 2020]. Disponível em http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology.pdf. pp. 2683-2687: “Assisted Reproductive Technology (ART): all treatments or procedures that include the in vitro handling of both human oocytes and sperm, or embryos, for the purpose of establishing a pregnancy. This includes, but is not limited to, in vitro fertilization and embryo transfer, gamete intrafallopian transfer, zygote intrafallopian transfer, tubal embryo transfer, gamete and embryo cryopreservation, oocyte and embryo donation, and gestational surrogacy. ART does not include assisted insemination (artificial insemination) using sperm from either a woman’s partner or a sperm donor.” Tradução livre: “Todos os tratamentos ou procedimentos que incluem a manipulação *in vitro* de ovócitos e espermatozoides, ou embriões, com o propósito de estabelecer gravidez. Isso inclui, mas não está limitado à fertilização *in vitro* e transferência embrionária, transferência intrafalopiana de gametas, transferência intrafalopiana de zigotos, transferência tubária de embriões, criopreservação de gametas e embriões, doação de ovócitos e embriões, e sub-rogação gestacional. As técnicas de reprodução assistida não incluem inseminação assistida (inseminação artificial) usando esperma do parceiro de uma mulher ou de um doador de esperma”.

407 ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando; ADAMSON, G. David; DYER, Silke; RACOWSKY, Catherine; MOUZON, Jacques de; SOKOL, Rebecca; RIENZI, Laura; SUNDE, Arne; SCHMIDT, Lone; COOKE, Ian D.; SIMPSON, Joe

para abranger o atendimento à infertilidade e às diferentes formas de comprometimento da fertilidade. A terminologia foi justificada como reconhecimento e respeito às sensibilidades culturais, minorias étnicas e igualdade de gênero, que podem impactar a ética e os direitos humanos (ZEGERS-HOCHILD *et al*, 2017, 395)⁴⁰⁸. O glossário passou a considerar, como infertilidade, além de fatores clínicos, também as condições sexuais incompatíveis com o coito, incorporando a infertilidade social ou funcional, pois a orientação sexual de uma pessoa pode configurar óbice à reprodução coital, necessitando de intervenção médica para concretizar a procriação e vir a exercer a parentalidade. Igualmente, pessoas solteiras necessitam, ao menos, dos gametas do sexo oposto para realizar um projeto parental. O glossário propõe a conscientização para que elementos socioculturais não prejudiquem o planejamento familiar e a constituição de família.

As pessoas singulares podem se utilizar ou necessitar de quaisquer das técnicas de PMA disponíveis pela medicina baseada em evidências e no consenso de especialistas. Por sua vez, pelos casais do mesmo sexo, as técnicas mais empregadas ainda são a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e a gestação substitutiva (ROSA e CARDIN, 2017, 185)⁴⁰⁹. Os pares do sexo feminino têm recorrido também à técnica denominada ROPA (*Reception of Oocytes from Partner*) para a procriação (DANTAS e CHAVES, 2017, 90-91)⁴¹⁰. Necessariamente, os casais de homens aderem às técnicas de PMA, com cessão temporária de útero, caso em que, um, ou ambos, fornecem o sêmen. A opção pelo emprego das células germinativas dos dois membros do casal visa que o par, em princípio, desconheça qual deles é o pai biológico da criança (DIAS, 2016, 193)⁴¹¹.

Leigh; VAN DER POEL, Sheryl (2017) - The International Glossary on Infertility and Fertility Care 2017. Fertility and Sterility. [em linha] Vol. 108, n. 3, setembro 2017. [Consul. 01 mai. 2020]. p. 402. Disponível em [https://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(17\)30429-6/pdf](https://www.fertstert.org/article/S0015-0282(17)30429-6/pdf). p. 402: “*Medically Assisted Reproduction (MAR) – Reproduction brought about through various interventions, procedures, surgeries and technologies to treat different forms of fertility impairment and infertility. These include ovulation induction, ovarian stimulation, ovulation triggering, all ART procedures, uterine transplantation and intrauterine, intracervical and intravaginal insemination with semen of husband/partner or donor.*” Tradução livre: “Reprodução Medicamente Assistida (RMA) – Reprodução realizada através de várias intervenções, procedimentos, cirurgias e tecnologias para tratar diferentes formas de comprometimento da fertilidade e infertilidade. Estes incluem indução da ovulação, estimulação ovariana, desencadeamento da ovulação, todas as técnicas de reprodução assistida, transplantação uterina e intrauterina, inseminação intracervical e intravaginal com sêmen do marido/parceiro ou doador”.

408 *Idem*. p. 395: “*When developing terms and definitions, special attention was given to possible impacts on ethics and human rights issues as well as recognizing and respecting cultural sensitivities, ethnic minorities and gender equality. Some of these considerations resulted in a consensus modification of the previous definition of ‘infertility’.* The first modification included broadening the concept of infertility to be an ‘impairment of individuals’ in their capacity to reproduce, irrespective of whether they have a partner. The revised definition also reinforces the concept of infertility as a disease, which can generate an impairment of function.” Tradução livre: “Ao desenvolver termos e definições, atenção especial foi dada aos possíveis impactos sobre questões de ética e direitos humanos, bem como ao reconhecimento e respeito às sensibilidades culturais, minorias étnicas e igualdade de gênero. Algumas dessas considerações resultaram em uma modificação consensual da definição anterior de ‘infertilidade’. A primeira modificação incluiu a ampliação do conceito de infertilidade como uma ‘deficiência dos indivíduos’ em sua capacidade de se reproduzir, independentemente de terem um parceiro. A definição revista também reforça o conceito de infertilidade como uma doença, que pode gerar um comprometimento da função”.

409 ROSA, Leticia Carla Batista; CARDIN, Valéria Silva Galdino (2017) - Homoparentalidade na Reprodução Assistida. Curitiba: Editora Prismas. ISBN 978-85-5507-448-6. p. 185.

410 DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna (2017) - Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida: Comentários à Resolução 2.121/2015 CFM. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico. ISBN 978-85-9524-024-7. pp. 90-91.

411 DIAS, Maria Berenice (2016) - Homoafetividade e Direitos LGBTI. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISBN 978-85-203-7027-8. p. 193.

A sociologia observa que o advento das técnicas de procriação medicamente assistida, na perspectiva ética, fez eclodir o confronto entre o natural e o social, a genética e a intencionalidade. Consta dificuldade de abordagem, de regulamentação e de uniformização das questões inerentes à PMA, por motivações históricas, culturais, sociais, religiosas, políticas e de outras ordens, razão pela qual o tema vem sendo discutido à luz de princípios balizadores dos interesses envolvidos, objetivando preservar os direitos fundamentais da pessoa humana, tais como o direito à vida, à identidade, à dignidade, à autonomia e ao progresso científico e tecnológico, dentre outros (SILVA, 2014, 45-47)⁴¹². Cabe frisar que a aplicação das técnicas de PMA traz à tona um conjunto de dilemas éticos e jurídicos, instaurando acirrados debates sobre questões transversais, nomeadamente, as relacionadas à liberdade de expressão e vivência da sexualidade, à adequação dos recursos de reprodução humana assistida, à não instrumentalização do corpo humano ou de suas partes, ao superior interesse da criança e às novas formas de conjugalidade, à ressignificação da família e à redefinição de parentalidade.

Ainda na seara sociológica, sustenta-se que as políticas públicas de PMA são estabelecidas somente com base no direito e na medicina, elegendo os fatos que merecem ou não reconhecimento, conforme interesses sociais, econômicos e políticos, afetados por valores morais e religiosos, agregados às incertezas que envolvem os limites da ciência (SILVA, 2014, 64)⁴¹³. O direito e a medicina atuam como mediadores e reprodutores do modelo de família eleito pelo Estado, moralizando o conceito de “biocidadania”, que repercute diferentemente entre homens e mulheres, pois estas são o principal alvo da ação médica, pela fisiologia da gestação (SILVA, 2014, 190).⁴¹⁴

Essa complexidade de fenômenos, interrelações, contradições e esferas de interesses convergiu para o desenvolvimento e aplicação do pluralismo no que tange ao reconhecimento e exercício dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares.

A expressão pluralismo tem sua origem etimológica no termo plur(i), elemento de composição oriundo do latim *plūri*, que significa “muitos”, e, por sua vez, a palavra plural vem do latim *plūralis*, assim como pluralidade – de *plūrālitās –ātis* (CUNHA, 2010, 505)⁴¹⁵. Pluralismo, acrescido do sufixo grego *ismo*, representa a doutrina ou sistema filosófico, político ou jurídico que congrega “muitos” modos de pensar (CUNHA, 2010, 367)⁴¹⁶, traduzindo-se na coexistência de múltiplas realidades.

412 SILVA, Susana (2014) – Procriação Medicamente Assistida: Práticas e Desafios. Lisboa: ICS - Imprensa de Ciências Sociais. ISBN 978-972-671-326-5. pp. 45-47.

413 *Idem*. p. 64.

414 *Idem*. p. 190.

415 CUNHA, Antônio Geraldo da (2010) - Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa. 4ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lexikon. ISBN 978-85-86368-63-9. p. 505.

416 *Idem*. p. 367.

O Professor Doutor da Universidade Federal de Santa Catarina, Antonio Carlos Wolkmer (2015, 253)⁴¹⁷, identifica impropriedade no estabelecimento de um único conceito de pluralismo, haja vista a multiplicidade de tal fenômeno, que pode ter, além de aspectos jurídicos, implicações filosóficas, sociológicas e antropológicas. A despeito disso, referido doutrinador (2015, 257)⁴¹⁸ adere ao entendimento de que o pluralismo, na sua perspectiva jurídica, consiste numa “multiplicidade de manifestações e práticas normativas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”. Frisa o referido jurista que o pluralismo encontra sua efetividade material em um “sistema de necessidades humanas fundamentais” (2015, 286-290)⁴¹⁹ e sua efetividade formal na “ética da alteridade” (2015, 312-314)⁴²⁰.

Importante acrescentar que há doutrina jurídica no sentido de que a realidade da diversidade ou da pluralidade de mundividências verificada no âmbito das sociedades contemporâneas deve ser refletida na configuração e na atuação dos Estados, mediante reconhecimento do pluralismo como valor-princípio-regra (FAJARDO, 2016, 120)⁴²¹.

O pluralismo propõe a acomodação da diversidade na esfera pública, de modo a criar um espaço social no qual indivíduos e grupos possam desenvolver suas distintas visões do significado e da validade da existência humana. Visa assegurar que a dignidade de todos os membros da sociedade seja protegida, acolhendo diversos valores e reconhecendo a tolerância à diferença como postulado obrigatório (ROSS *et al*, 2019, 60)⁴²². Abrange, ainda, a neutralidade estatal, que impõe a imparcialidade e a não coerção nas decisões e políticas públicas (ROSS *et al*, 2019, xl)⁴²³. O pluralismo busca promover a harmonização entre as decisões da maioria e a consideração pelos interesses e direitos das minorias presentes numa sociedade diversificada. Segundo doutrina, para o reconhecimento de um certo grupo ou categoria como minoria social, não deve ser observada apenas a acepção literal desta, que considera, tão somente, o aspecto quantitativo, mas a acepção contextual, sob a perspectiva sociológica, que leva em conta o grau de vulnerabilidade, a existência de fator de diferenciação e a exposição histórica à discriminação e/ou à estigmatização (GROSS, 2017, 46-48)⁴²⁴.

417 WOLKMER, Antonio Carlos (2015) - Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. p. 253. ISBN 978-85-02-22835-1. p. 253.

418 *Idem*. p. 257.

419 *Idem*. pp. 286-290.

420 *Idem*. pp. 312-314.

421 FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen (2016) – In SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; e RADAELLI, Samuel Manica (org.). Enciclopédia Latino-Americana dos Direitos Humanos. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia. p. 120. ISBN 978-85-89379-96-0. p. 120.

422 ROSS, Derek B. M.; MIX-ROSS, Sarah E. (2019) - Canadian Pluralism and The Charter: Moral Diversity in a Free and Democratic Society. Toronto: Lexis Nexis Canada. ISBN 9780433502470. p. 60.

423 *Idem*. p. xl.

424 GROSS, Jacson (2017) - A Construção da Cidadania e a Sexualidade: Uma Análise de Casos de Adoção Homoparental Masculina. Florianópolis, SC: Empório do Direito. ISBN 978-85-9477-069-1. pp. 46-48.

Na deliberação e na composição de conflitos de interesses entre maioria e minorias, a incidência do pluralismo pode considerar os aspectos que decorrem da cultura (DIAS, 2016, 102)⁴²⁵, a qual não corresponde a um fenômeno estanque, inflexível e imutável, posto que se ajusta no tempo e no espaço, estando em permanente construção.

As escolhas reprodutivas são influenciadas por diversos fatores, tais como: (1) o dimensionamento social e familiar, por razões econômicas e geopolíticas; (2) as predisposições genéticas à procriação; (3) o desenvolvimento do perfil psicanalítico da parentalidade; (4) as imposições sociais à procriação; (5) a transformação sociocultural das estruturas familiares, de patriarcal à democrática; (6) as pressões do mercado de trabalho sobre o comportamento reprodutivo; e (7) o estímulo à reprodução pelo uso das técnicas de PMA. Esses elementos, ao longo da história, têm seu grau de importância e influência sujeitos a variáveis espaçotemporais (HAAB, 2018, 48-49)⁴²⁶.

O exercício dos direitos procriativos abrange duas vertentes complementares entre si: (1) a autonomia e a liberdade na procriação e no controle de fecundidade, sem intervenção estatal, discriminação, coerção e violência em face das escolhas individuais - “dimensão típica dos direitos civis”; e (2) a garantia de condições tendentes à realização das escolhas procriativas, por meio de políticas públicas concernentes a seguros e serviços de saúde reprodutiva, no mais elevado padrão possível, impondo-se a prestação estatal - “dimensão típica dos direitos sociais” (HAAB, 2018, 59)⁴²⁷.

Construção doutrinária sugere que toda pessoa ou casal deve ter o direito de escolha do meio adequado à efetivação do seu projeto procriativo-parental, sem sujeição a limitações discriminatórias, tais como sexo, orientação sexual, estado civil, condição de saúde, limite máximo de idade etc. A realização pode dar-se pelo método reprodutivo convencional, pela adoção, pelo consórcio de pessoa voluntária ou pelo acesso às técnicas de procriação medicamente assistida (MOSCHETTA, 2017, 185-186)⁴²⁸.

O pluralismo procriativo é objeto de estudo da Professora Doutora Kimberly M. Mutcherson, da Faculdade de Direito da Universidade do Estado de New Jersey/EUA, que o concebe como direito humano e direito fundamental, abrangendo o direito de acesso às tecnologias de PMA, a ser assegurado, protegido e balanceado pelo Estado,

425 DIAS, Augusto Silva (2016) - Crimes Culturalmente Motivados: O Direito Penal ante a ‘Estranha Multiplicidade’ das Sociedades Contemporâneas. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-6792-6. p. 102. Referido autor conceitua cultura como: “i. um universo de símbolos reflectidos em crenças, tradições, usos e línguas; ii. herdado e transmitido geracionalmente; iii. por um conjunto mais ou menos amplo de pessoas; iv. cujas funções são a compreensão do mundo, a autocompreensão e identificação colectivas, a comunicação interna, o controlo do comportamento, a preservação da coesão do grupo e sua perpetuação no futuro”.

426 HAAB, Tuiskon Bejarano (2018) - Filiação e Reprodução Humana Artificial: À Luz da Constituição e das Leis Civis. Curitiba: Juruá. ISBN 978-85-362-7976-3. pp. 48-49.

427 *Idem.* p. 59.

428 MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo (2017) - Homoparentalidade: Dupla Maternidade/Paternidade e a Teoria do Reconhecimento a Partir do Provimento 52 do Conselho Nacional de Justiça. In DIAS, Maria Berenice, coord. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISBN 9788520371121. pp. 185-186.

por via de uma estrutura de justiça reprodutiva que propicie a efetividade da prestação positiva de fornecimento dos meios àqueles que deles necessitarem (2015, 22).⁴²⁹

O desenvolvimento da noção de pluralismo procriativo deu-se com a percepção dos seguintes fatos sociais: (1) crescente número de usuários não convencionais das técnicas de PMA, como mulheres solteiras e casais do mesmo sexo; (2) recrudescimento do modelo heteronormativo de conjugalidade como unidade central da procriação e da parentalidade; (3) expansão legal da proteção à parentalidade não derivada de vinculação biológica ou genética entre pais e filhos; e (4) incremento da transnacionalidade nas oportunidades procriativo-parentais (MUTCHERSON, 2015, 25)⁴³⁰.

A teoria do pluralismo procriativo e familiar tem como propósitos: (1) acolher as formas de reprodução não coital advindas do desenvolvimento das técnicas de PMA; (2) rejeitar a distinção entre “natural” e “não natural”, que qualifica alguns indivíduos e casais como não procriativos; e (3) legitimar os tipos familiares decorrentes da transformação promovida pelo avanço científico da reprodução assistida. Contudo, aponta Mutcherson, na positivação da PMA e no exercício da justiça reprodutiva, podem ser impostas restrições aos pretensos usuários dos serviços, notadamente quando a escolha por determinada técnica conflitar com direitos e interesses de igual relevância, titularizados por terceiros. Isso se justifica para evitar práticas abusivas no mercado de serviços de fertilidade, que vulneram, *ex vi*, a liberdade e a integridade física e mental da mulher. Outra preocupação é que o sistema de regulamentação, a pretexto de impor regras limitativas de abusos, replique hierarquias reprodutivas existentes ou crie novas, fundadas em injusta discriminação. Ressalta que deve ser assegurado um nível equivalente de proteção a todos aqueles que desejam experienciar a conexão e a continuidade procriativo-parental, sem a reprodução de crenças discriminatórias históricas acerca de “quem merece procriar e quem não merece”. Observa que, para a ampla concretização do direito à procriação e à parentalidade, não bastam o reconhecimento legal da igualdade de acesso à PMA e a eliminação de barreiras atitudinais externas, impondo-se a adoção de políticas de assistência, por meio de programas de seguros públicos ou privados, pois alguns segmentos da sociedade são hipossuficientes economicamente (MUTCHERSON, 2015, 71-73)⁴³¹.

Estudos científicos consistentes têm se debruçado sobre os impactos da reconfiguração das estruturas familiares em razão das transformações das relações sociais e do avanço da tecnologia em procriação medicamente assistida.

Dados apontam que, enquanto na década de 1970 o número de famílias monoparentais nos Estados Unidos e no Reino Unido totalizava menos de 10% (dez por cento), atualmente, esse número evoluiu para cerca de 30% (trinta por cento) de famílias

429 MUTCHERSON, Kimberly M. (2014) - Procreative Pluralism. *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, Vol. 30, No. 22, 2015. [em linha] 21.06.2014 [Consul. 12 jan. 2020] Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2621223>. p. 22.

430 *Idem*. p. 25.

431 *Idem*. pp. 71-73.

compostas por pais ou mães singulares, sendo a larga maioria de mulheres. Pesquisa realizada em Londres, publicada no ano de 2016, avaliou o relacionamento materno-filial e o ajuste psicológico das chamadas “mães solteiras por escolha” ou “mães-solo”, que realizaram projeto procriativo-parental com recurso à PMA, mediante doação de sêmen. Constatou, em síntese, que (1) os filhos de mães solteiras por opção não são expostos aos conflitos conjugais, dificuldades financeiras e problemas psicológicos maternos provenientes da separação/divórcio e de uma gravidez não planejada; (2) tais filhos experimentam os mesmos níveis de qualidade parental, em comparação às crianças nascidas na tradicional família nuclear; (3) houve menor frequência de conflitos entre filhos e mães singulares do que em famílias compostas por pai e mãe; (4) os dois tipos familiares apresentam níveis semelhantes de ansiedade, depressão e estresse associado à parentalidade; e (5) as dificuldades financeiras, estresse parental e problemas de ajuste infantil operam de forma similar nos dois modelos. Concluiu que a monoparentalidade materna não apresenta consequências negativas para o desenvolvimento psicológico da criança, que foi planejada e muito desejada (GOLOMBOK *et al*, 2016)⁴³².

Investigação sobre o impacto das uniões homoafetivas no desenvolvimento da prole, efetuada por Charlotte J. Patterson, do Departamento de Psicologia da Universidade da Virgínia-EUA, revela que não há evidências de que a orientação sexual dos pais tenha um relevante papel no desenvolvimento da criança ou do adolescente. Afirma que a orientação sexual dos pais é menos importante que a qualidade das relações familiares, que se estabelecem na interação diária e na força dos relacionamentos. Estudo realizado em 2006 não constatou diferenças significativas entre os adolescentes criados por casal do mesmo sexo e os criados numa família de modelo heteronormativo, no que tange à autorreferência de bem-estar psicológico (autoestima e ansiedade), resultados escolares (médias das notas e problemas na escola) e suporte familiar (afeto e cuidados dos pais, adultos e colegas). Não identificou distinções relevantes na autodeclaração de uso de substâncias, delinquência ou vitimização (PATTERSON, 2006)⁴³³.

Estudo efetuado no Reino Unido, Holanda e França, publicado em 2017, comparou 38 (trinta e oito) famílias formadas por casais homoparentais masculinos, que tiveram filhos mediante sub-rogação de gestação; 61 (sessenta e um) pares femininos, que recorreram à doação de gametas; e 41 (quarenta e um) casais heterossexuais, beneficiários de técnicas de PMA (fertilização *in vitro*). Não identificou efeitos significativos inerentes ao modelo familiar ou ao papel de cuidador. Aferiu menor incidência de depressão nos casais masculinos. Em virtude de que todos os casais encontraram

432 GOLOMBOK, Susan; ZADEH, Sophie; IMRIE, Susan; SMITH, Vanessa; e FREEMAN, Tabitha (2016) - Single Mothers by Choice: Mother-Child Relationships and Children's Psychological Adjustment. *Journal of Family Psychology*. 30(4): 409-418. [em linha] 2016 junho. [Consul. 10 jan. 2020] doi: 10.1037/fam0000188. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4886836/>.

433 PATTERSON, Charlotte J (2006) - Children's of Lesbian and Gay Parents. *Current Directions in Psychological Science*. Vol. 15. N. 5. [em linha] 2006 [Consul. 23 mar. 2020] Disponível em <http://web.missouri.edu/~seger-ti/2210/gayparents.pdf>.

dificuldades na concretização do seu projeto parental, relataram que, com a remoção do obstáculo, experimentaram alto grau de bem-estar, inclusive não estabeleceram diferença entre cuidadores primários e secundários, estando ambos os membros envolvidos nos cuidados com a prole. E, por fim, constatou que os casais homoafetivos masculinos que têm filhos mediante gestação por sub-rogação dividem as tarefas domésticas e os cuidados com a criança mais que os casais de sexos opostos (GELDEREN, 2017)⁴³⁴.

Em 2019, no Congresso Científico e Exposição da Sociedade Americana para Medicina Reprodutiva, pesquisa sobre as famílias das gestantes de substituição revelou que a maioria dos seus filhos reporta emoções positivas sobre a experiência de sub-rogação gestacional de suas mães, com sentimentos de excitação, curiosidade, surpresa e orgulho, sendo que 74% (setenta e quatro por cento) de um total de 23 (vinte e três) crianças ouvidas disseram que a experiência teve em suas vidas um impacto positivo. As crianças acompanhadas apresentaram pontuação dentro dos valores normais para ajuste comportamental, liberdade de ansiedade e felicidade em geral⁴³⁵.

Esses dados demonstram que o pluralismo na ampliação do espectro de beneficiários da PMA, além de proporcionar a satisfação do projeto procriativo-parental destes, não prejudica a dinâmica intrafamiliar e o desenvolvimento psicossocial das crianças nascidas e/ou criadas no ambiente dessas novas estruturas familiares. Inclusive, não há evidências de danos à família e à prole das gestantes substitutas. Assim, não há falar em risco de vulneração ao superior interesse das crianças envolvidas.

Ressaltamos que cada país, no exercício da sua soberania, detém o poder de posicionar, ou não, os limites e condições de acesso à PMA. Como exemplo de ampla incidência do pluralismo procriativo, o Reino Unido, através do *Human Fertilisation and Embryology Act*⁴³⁶ e do *Surrogacy Arrangements Act*⁴³⁷, permite o acesso à PMA, com recurso à reprodução heteróloga e à gestação de substituição altruísta, às pessoas solteiras e a todos os casais, independentemente de sexo, orientação sexual e estado civil. A Lei n. 32/2006⁴³⁸ de Portugal, com a alteração da Lei n. 17/2016⁴³⁹, passou a admitir tal acesso aos casais de sexos opostos, às mulheres solteiras e aos casais femininos, sendo

434 GELDEREN, L. Van Rijn-van; BOS, H. W. M.; JORGENSEN, T. D.; ELLIS-DAVIES, K.; WINSTANLEY, A.; GOLOMBOK, S.; RUBIO, B.; GROSS, M.; VECHO, O.; LAMB, M. E. (2018) - Wellbeing of Gay Fathers with Children Born Through Surrogacy: A Comparison with Lesbian-Mother Families and Heterosexual IVF Parent Families. *Human Reproduction*. Vol. 33, 1:1. pp. 101-108. [em linha] julho de 2018. [Consult. 13 abr. 2020] Disponível em <https://doi.org/10.1093/humrep/dex339>.

435 Disponível em <https://www.reproductivefacts.org/news-and-publications/news-and-research/press-releases-and-bulletins/children-of-gestational-carriers-express-positive-feelings-about-the-experience-pride-in-their-mothers-efforts-to-help-others/>.

436 ACT 2008: Human Fertilisation and Embryology. [em linha]. Londres: Her Majesty's Stationery Office – HMSO and Queen's Printer of Acts of Parliament, 2008. [Consult. 07 fev. 2020]. Disponível em www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22.

437 SURROGACY ARRANGEMENTS ACT 1985. [em linha]. Her Majesty's Stationery Office – HMSO and Queen's Printer of Acts of Parliament, 1985. [Consult. 07 fev. 2020]. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/2009-10-01>.

438 LEI n. 32/2006. Diário da República, Série I, n. 143 (26.07.2006), pp. 5425-5250.

439 LEI n. 17/2016. Diário da República, Série I, n. 116/2016, (20.06.2016), pp. 1903 - 1904.

que o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), através da Deliberação n. 5-III/2019⁴⁴⁰, eliminou o limite etário máximo de 60 (sessenta) anos de idade “para o acesso às técnicas de PMA por parte dos parceiros masculinos dos casais beneficiários, remetendo a questão para as *leges artis* médica”. No Brasil, o pluralismo vem sendo aplicado através de atos infralegais deontológicos do Conselho Federal de Medicina, que editou a Resolução n. 2.168/2017⁴⁴¹, sobre normas éticas para a utilização das técnicas de PMA, inclusive a reprodução heteróloga e a gestação por conta de outrem, elegendo, como beneficiárias, todas as pessoas capazes, inclusive as solteiras e aquelas em relacionamentos homoafetivos, ressalvada a objeção de consciência do médico. Apesar da iniciativa de diversos projetos legislativos para a regulamentação da PMA no Brasil, dada a controvérsia do tema, nenhum resultou em lei. Uma única norma reconhece o direito à procriação, a Lei n. 13.146/2015⁴⁴² – Estatuto da Pessoa com Deficiência, que, no seu art. 18, §4º, VII, impõe aos serviços de saúde pública assegurar, à pessoa com deficiência, “atenção sexual e reprodutiva, incluindo o direito à fertilização assistida”. Essa lei acolhe o pluralismo procriativo por afastar limitações relativas à condição de saúde e à situação socioeconômica. No Brasil, a barreira da hipossuficiência econômica também é amenizada a teor da Portaria n. 3.149/2012,⁴⁴³ do Ministério da Saúde, que atribui ao Sistema Único de Saúde (SUS) a viabilização de recursos para o custeio de procedimentos de fertilização *in vitro*, injeção intracitoplasmática de espermatozoides, indução de ovulação e inseminação artificial intrauterina. De outra banda, como exemplo de opção normativa restritiva, temos a Itália, cuja Lei n. 40/2004⁴⁴⁴ trata da PMA, vedando técnicas do tipo heterólogo e a gestação de substituição. No seu art. 5º, elege, como beneficiários, apenas os “casais adultos de diferentes sexos, casados ou em convivência, em idade potencialmente fértil, ambos vivos”.

No plano do direito internacional, alguns diplomas vêm traçando linhas gerais na direção do pluralismo no reconhecimento e exercício dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, considerados direitos humanos e fundamentais, extensíveis a todos.

No seu art. 1º, a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁴⁵ consagra princípios como a dignidade, a liberdade, a igualdade e a fraternidade entre todos os seres humanos, que declara dotados de razão e consciência, e, no seu art. 2º, n. 1, reconhece a capacidade de gozo de direitos e liberdades, bem como estabelece o direito à não discriminação. O art. 7º reafirma os postulados da igualdade, da equidade e da vedação à

440 Disponível em <http://www.cnpma.org.pt/destaques/Documents/Deliberacao05-III.pdf>.

441 RESOLUÇÃO CFM n. 2.168/2017. Editada pelo Conselho Federal de Medicina do Brasil. Diário Oficial da União, Seção I (10.11.2017), p. 73.

442 LEI de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) n. 13.146/2015. Diário Oficial da União, Seção 1. (07.07.2015). p. 2.

443 Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.ht ml.

444 LEGGE n. 40/2004. Gazzetta Ufficiale, n. 45 (24.02.2004), [sp].

445 DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Proclamada pela Resolução n. 217 (III), na 183ª sessão plenária da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, em 10.12.1948. Publicada em Portugal através de Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros, Diário da República n. 57/1978, Série I, (09.03.1978), pp. 488 - 493.

discriminação. O art. 12 proíbe a interferência na vida privada e na família, dentre outras, cabendo à lei protegê-las contra qualquer ataque. Os direitos de contrair matrimônio e de constituir família, pelas pessoas maiores de idade, estão assegurados no art. 16º, que imprime garantia de proteção estatal e social à instituição familiar, considerada “núcleo natural e fundamental da sociedade”. Os preceitos acima percorridos constituem a base dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, cuja regulação não pode comportar discriminações odiosas, perpetradas pelo Estado, pela sociedade ou pelo particular, que esvaziem o valor intrínseco a cada ser humano. Pela doutrina, os artigos retrocitados inscrevem a parentalidade como um direito personalíssimo, inalienável e passível de garantia estatal, não se confundindo com “direito de propriedade sobre o infante” ou “aquisição de uma vida humana”, e, concretizado tal direito, nasce o direito-dever de exercer a parentalidade responsável e consciente (CHAVES, 2017, 194-195)⁴⁴⁶.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC),⁴⁴⁷ reafirma os princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação e da liberdade econômica, social e cultural. Nos termos do art. 10, 1, declara a proteção e assistência à família, enquanto “núcleo elementar natural e fundamental da sociedade”, na sua constituição e durante o período de criação dos filhos. O art. 12, 1, reconhece o direito de todos ao melhor estado de saúde física e mental possível. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU) emitiu o Comentário n. 16, que, no item 1, reconhece o direito de homens e mulheres ao gozo dos direitos humanos, e, no item 29, traça os contornos do direito à saúde física e mental, que deve ser baseado na igualdade e buscar remover as restrições legais em termos de saúde, inclusive a reprodutiva⁴⁴⁸. O Comentário Geral n. 22⁴⁴⁹, sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva, interpretou o art. 12 do PIDESC. Consigna, no item 11, que o direito à saúde sexual e à reprodução é parte integral do direito

446 *Idem*. pp. 194-195.

447 PACTO Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Proclamado pela Resolução n. 2.200 (XXI), na 1496ª sessão plenária da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, realizada em 16.12.1966. Aprovada para ratificação por Portugal através da Lei n. 45/1978, Diário da República n. 157/1978, Série I, (17.07.1978), pp. 1280-1290.

448 Comentário emitido em 13.05.2005: “29. Article 12 of the Covenant requires States parties to undertake steps towards the full realization of the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. The implementation of Article 3 in relation to Article 12 requires, at a minimum, the removal of legal and other obstacles that prevent men and women from accessing and benefiting from healthcare on a basis of equality. This includes, inter alia, addressing the ways in which gender roles affect access to determinants of health, such as water and food; the removal of legal restrictions on reproductive health provisions; the prohibition of female genital mutilation; and the provision of adequate training for health care workers to deal with women’s health issues”. Tradução livre: “29. O artigo 12 do Pacto exige que os Estados partes adotem medidas para a plena realização do direito de todos de usufruir do mais alto padrão possível de saúde física e mental. A implementação do Artigo 3 em relação ao Artigo 12 exige, no mínimo, a remoção de obstáculos legais e outros que impedem homens e mulheres de acessar e se beneficiar dos cuidados de saúde com base na igualdade. Isso inclui, entre outras coisas, abordar as formas pelas quais os papéis de gênero afetam o acesso a determinantes de saúde, como água e alimentos; a remoção de restrições legais às provisões de saúde reprodutiva; a proibição da mutilação genital feminina; e o fornecimento de treinamento adequado para os profissionais de saúde para lidar com os problemas de saúde das mulheres”. Disponível em <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/escgencom16.html>.

449 Comentário emitido em 02.05.2016. Disponível em <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sGFQktiae1vlbbOAEkmaO-wDOWsUe7N8TLm%2bP3HJPzxjHySkUoHmavD%2fpyfcp3YlZg>.

de todas as pessoas ao mais elevado nível de saúde física e mental, que se compõe pela disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade das instalações, bens, informações e serviços. Inclui, no item 21, como causa de comprometimento da qualidade no atendimento, a falha ou recusa à incorporação de avanços e inovações tecnológicas na provisão de serviços de saúde sexual e reprodutiva. No item B, insere, como tópico especial de ampla aplicação, a não discriminação e a igualdade, independentemente do sexo ou da orientação sexual.

Com o PIDESC, foi aprovado o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos⁴⁵⁰, que reitera os princípios acima. No art. 23, traça os elementos da proteção à família. O Comentário n. 19, do Comitê de Direitos Humanos, explanou sobre as divergências e a impossibilidade de padronização do conceito de família, ao interpretar o art. 23 do Pacto⁴⁵¹, inferindo que cabe aos Estados proteger as estruturas familiares por eles reconhecidas, sejam adeptos do conceito nuclear ou do conceito alargado de família.

Na Conferência Internacional sobre Direitos Humanos de 1968, foi lançada a Proclamação de Teerã⁴⁵², que, no art. 1º, conclama a comunidade internacional ao cumprimento e encorajamento com vistas à observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem distinção de qualquer espécie, nomeadamente raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões políticas ou outras. Preocupada com a proteção da família e da criança, reconheceu, no art. 16, o direito humano básico de constituição e planejamento familiar, com liberdade e responsabilidade.

A Declaração sobre o Uso do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade⁴⁵³, de 1975, no art. 3º, invoca os Estados a adotar “medidas com o objetivo de garantir que os progressos da ciência e da tecnologia sirvam para satisfazer as necessidades materiais e espirituais de todos os setores da população”. O art. 6º diz que os benefícios do progresso da ciência e da tecnologia devem

450 PACTO Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Proclamado pela Resolução n. 2.200A (XXI), na 1496ª sessão plenária da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, realizada em 16.12.1966. Aprovada para ratificação por Portugal através da Lei n. 29/1978, Diário da República n. 153/1978, Série I, (06.07.1978), pp. 1053(2) – 1054(18).

451 Aprovado na 39ª sessão, de 1990. “O Comitê observa que o conceito de família pode divergir em alguns aspectos de um Estado para outro, e até mesmo de região para região dentro de um mesmo Estado, de forma que não é possível apresentar uma definição padrão do conceito. No entanto, o Comitê sublinha que, quando um grupo de pessoas é considerado uma família ao abrigo da legislação e prática de um Estado, este deve ser objecto da protecção referida no artigo 23.º. Por conseguinte, os Estados Partes devem expor a interpretação da definição que dão ao conceito de família e o seu alcance nas suas sociedades e nos seus ordenamentos jurídicos. Quando existirem diversos conceitos de família dentro de um Estado, ‘nuclear’ e ‘alargada’, deverá precisar-se a existência desses diversos conceitos de família, com indicação do grau de protecção de cada uma. Tendo em conta a existência de várias formas de família, tais como casais em união de facto e os seus filhos, ou pais ou mães solteiros e os seus filhos, os Estados Partes devem também indicar se, e em que medida, estes tipos de famílias e os seus membros são reconhecidos e protegidos pela legislação e pelas práticas nacionais”. p. 34. Disponível em .

452 PROCLAMAÇÃO de Teerã. Adotada na Conferência Internacional sobre Direitos Humanos em Teerã, realizada de 22.04 a 13.05.1968. [em linha]. Teerã, Irã. [Consul. 29 set. 2019] Disponível em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/proclamacao_de_teerao.pdf.

453 DECLARAÇÃO proclamada pela Assembleia-Geral da ONU em 10 de novembro de 1975 - Resolução n. 3384 (XXX). Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-uso-do-progresso-cientifico-e-tecnologico-no-interesse-da-paz-e-em-beneficio-da-humanidade.html>.

ser estendidos a todos, e, em face dos eventuais malefícios de seu uso indevido, sejam adotadas as medidas protetivas, de cunho social ou material, para garantir o respeito à vida privada e à integridade física e psíquica da pessoa humana. E o art. 7º trata da não discriminação, ao prever a adoção das medidas cabíveis, inclusive no plano legislativo, para garantir “que a utilização dos avanços da ciência e da tecnologia contribua para a mais plena realização possível dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sem discriminação alguma por motivos de raça, sexo, idioma ou crenças religiosas”.

Na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, de 1993, em Viena/Áustria, adotou-se a Declaração e Programa de Ação de Viena⁴⁵⁴, que destacou os direitos humanos e as liberdades fundamentais como postulados universais e inquestionáveis. Nos artigos 18, 21, 43, 48 e 49, enfoca a proteção aos direitos humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino. No art. 41, reconhece o direito da mulher aos cuidados de saúde adequados e acessíveis, com o mais amplo possível serviço de planejamento familiar.

Em 1994, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento⁴⁵⁵ elegeu os princípios a serem observados no que tange às interações populacionais, crescimento econômico sustentado e desenvolvimento sustentável, dentre eles, o princípio 8º, que preconiza o acesso universal, livre e igualitário aos mais alto padrão possível de saúde física e mental, incluindo a assistência à saúde reprodutiva.

A *World Association for Sexology* (WAS), instituição de abrangência mundial e multidisciplinar de sociedades científicas, organizações não governamentais e profissionais da área de saúde sexual, promulgou a Declaração de Direitos Sexuais⁴⁵⁶, que, em sua versão atual, redefine sexualidade e saúde sexual, reconhecendo-as como direitos humanos. No art. 1º, inscreve o direito à igualdade e à não discriminação, afirmando que todos têm o direito de usufruir dos direitos sexuais, independentemente de sexo, estado civil ou familiar, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, estado de saúde, situação econômica, social ou qualquer outro fator de distinção. O art. 8º diz que todos têm direito aos benefícios e aplicações do progresso científico quanto à sexualidade e vida sexual. O art. 11 insculpe o direito de constituir, formalizar e dissolver casamento e o art. 12 traduz o pluralismo procriativo, consistente no direito de ter ou não ter filho, a ser assegurado mediante promoção do acesso aos serviços de saúde sexual e reprodutiva.

No ano de 1997, a Conferência Geral da ONU para a Educação, Ciência e Cul-

454 DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO de Viena. Adotados em 25.06.1993 pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. [em linha] 14 a 25.06.1993 [Consul. 01 mai. 2019]. Disponível em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/declaracao_e_programa_acao_viena.pdf.

455 PLATAFORMA de Cairo. Programa de Ação constante de Relatório da Conferência Internacional das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento (A/CONF.171/13/Rev.1), realizada em Cairo/Egito, no período de 05 a 14 de setembro de 1994. Acolhida na 92ª sessão plenária da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, realizada em 19.12.1995. Proclamada pela Resolução n. 49/128, de 08.02.1995. [em linha]. Cairo, 1994. [Consul. 24 jun. 2018] Disponível em [/206701/files/A_CONF.171_13_Rev.1-ES.pdf](http://206701/files/A_CONF.171_13_Rev.1-ES.pdf).

456 DECLARAÇÃO dos Direitos Sexuais. Editada pela Assembleia-Geral da World Association for Sexology [em linha] 1997 [Consul. 01 mai. 2019]. Disponível em www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/DSR-Portuguese.pdf.

tura (UNESCO), adotou a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos⁴⁵⁷, endossada pela Assembleia-Geral, através da Resolução n. 53/152, de 1998. A teor do art. 4º, “o genoma humano no seu estado natural não deverá dar origem a benefícios pecuniários”. O art. 12, ao tratar da investigação sobre genoma humano, consagra a dignidade da pessoa humana, a equidade dos benefícios e a liberdade de investigação, limitada pelo princípio ético da beneficência.

A UNESCO, em 1997, editou a Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras⁴⁵⁸, firmando a obrigação moral das gerações atuais em salvaguardar os interesses e necessidades das gerações futuras. Tem como objetos de proteção, a manutenção e perpetuação da humanidade (art. 3º) e a preservação da vida na terra (art. 4º). No art. 6º, diz que o genoma humano e a biodiversidade devem ser protegidos, respeitando à dignidade humana e direitos humanos, e, no art. 11, insculpe o princípio da não discriminação, visando evitar qualquer ação ou medida que promova ou eternize discriminações sobre as futuras gerações.

O Relatório E/CN.4/2004/49⁴⁵⁹, do Conselho Econômico, Social e Cultural da Comissão de Direitos Humanos da ONU, abordou o direito de todos ao mais elevado padrão atingível de saúde física e mental. Pontuou que a saúde sexual e reprodutiva é objeto de generalizada e arraigada discriminação multidimensional, abrangendo a vulnerabilidade e o estigma. O item 32 frisou que o direito internacional dos direitos humanos veda a discriminação no acesso aos serviços de saúde e outros conexos, baseada em estado civil, deficiência física ou mental, sexo ou orientação sexual, dentre outros, que tenham a intenção ou o efeito de anular ou prejudicar o gozo ou o exercício igual do direito à saúde. E o item 33 asseverou que a discriminação e o estigma configuram graves ameaças à saúde sexual e reprodutiva para muitos grupos, incluindo minorias sexuais. Em complemento, o Relatório E/CN.4/2004/49/Add.1⁴⁶⁰ mencionou que o direito internacional à saúde compreende os direitos, liberdades, cuidados de saúde e questões conexas; a progressiva realização e imediatas obrigações; a não discriminação e igual tratamento; a participação; a assistência internacional e cooperação; a responsabilidade de todos os atores; e a prestação de contas. O direito à saúde, na perspectiva das políticas comerciais, deve estruturar-se na disponibilidade, acessibilidade e boa qualidade.

457 DECLARAÇÃO Universal Sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Proclamada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em Conferência Geral realizada em 11.11.1997. Acolhida pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, em sessão plenária realizada em 09.12.1998, através da Resolução A 53/152, de 10.03.1999. [em linha]. Paris, 1997. [Consul. 01 mai. 2020]. Disponível em http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

458 DECLARAÇÃO sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras. Adotada pela 29ª sessão da Conferência Geral da UNESCO. [em linha] 12.11.1997 [Consul. 29 abr. 2020]. Disponível em https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000110827_por/PDF/110827_por.pdf.multi.

459 RELATÓRIO E/CN.4/2004/49 adotada pelo Conselho Econômico, Social e Cultural da Comissão de Direitos Humanos da ONU [em linha] 16.02.2004 [Consul. 28 abr. 2020]. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/109/33/PDF/G0410933.pdf?OpenElement>.

460 RELATÓRIO E/CN.4/2004/49/Add.1 adotada pelo Conselho Econômico, Social e Cultural da Comissão de Direitos Humanos da ONU [em linha] 1º.03.2004 [Consul. 28 mar. 2020]. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/113/90/PDF/G0411390.pdf?OpenElement>.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos⁴⁶¹ de 2005, da UNESCO versa sobre dilemas éticos da medicina, das ciências da vida e das suas tecnologias conexas, aplicadas aos seres humanos, nas dimensões social, jurídica e ambiental. Destina-se, primeiramente, aos Estados, mas busca auxiliar, na medida apropriada e pertinente, as tomadas de decisões e ações de indivíduos, grupos, comunidades, instituições e empresas públicas e privadas. Consagra os princípios da igualdade, justiça e equidade; da não discriminação e não estigmatização; do respeito pela diversidade cultural e do pluralismo; e da beneficência da investigação científica.

A Assembleia-Geral da ONU, em 2006, adotou a Resolução A/RES/602/51⁴⁶², criando o Conselho de Direitos Humanos, para promover o respeito universal e a proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sem distinção, e de maneira justa e igual. Reafirma a universalidade, indivisibilidade, interrelação, interdependência e reforço mútuo entre todos os direitos humanos. Frisa que, independentemente de sistemas políticos, econômicos e culturais, os Estados-Membros têm o dever de promover os direitos humanos e liberdades fundamentais. Apregoa a necessidade de esforços para o estabelecimento de diálogos e entendimentos entre civilizações, culturas e religiões, e, ainda, para a adoção dos critérios de objetividade e não seletividade no tratamento das questões de direitos humanos, eliminando-se duplicidade de padrões e politização.

No Painel Internacional de Especialistas em Legislação Internacional de Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, promovido pela Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta/Indonésia, em 2006, foram elaborados os “Princípios de Yogyakarta”⁴⁶³, com a finalidade de otimizar a interpretação, a produção e a aplicação das normas internacionais de direitos humanos nas questões relacionadas à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Apresenta recomendações para a eficácia dos direitos. Refere que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais à dignidade e à humanidade de cada pessoa, não podendo ser motivo de discriminação ou abuso. Inscreve, como princípio de n. 17, o direito ao padrão mais elevado alcançável de saúde física e mental, sem discriminação baseada em orientação sexual ou identidade de gênero, sendo fundamental a saúde sexual e reprodutiva. O princípio n. 24, declara o direito à constituição de família, a despeito da orientação sexual ou identidade de gênero, e reconhece a pluralidade das formatações familiares, devendo ser protegidas da discriminação. No item *a*, propõe aos Es-

461 DECLARAÇÃO Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos. Proclamada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em Conferência Geral realizada em 19.11.2005. [em linha]. Paris, 2005. [Consul. 01 mai. 2020]. Disponível em http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

462 RESOLUÇÃO A/RES/602/51 Adotada pela Assembleia-Geral da ONU. [em linha] 15.03.2006 [Consul. 27 abr. 2020]. Disponível em https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf.

463 PRINCÍPIOS de Yogyakarta. Adotados no Painel Internacional de Especialistas em Legislação Internacional de Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, realizado na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, no período de 06 e 09 de novembro de 2006. [em linha]. Yogyakarta, 2006. [Consul. 24 jan. 2020]. Disponível em www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf.

tados a tomada das medidas assecuratórias do direito de constituir família, inclusive por meio de adoção ou de PMA. Leciona a doutrina que os Princípios de Yogyakarta são de aplicação obrigatória pelos Estados que tenham ratificado diplomas internacionais de direitos humanos, pois os princípios consistem em “reinterpretação” de tratados vinculantes (DIAS, 2016, 93).⁴⁶⁴ Outra corrente aduz que os Princípios de Yogyakarta são postulados para a sistematização dos mecanismos de proteção dos direitos humanos inerentes à orientação sexual e à identidade de gênero, funcionando como indicadores na aplicação das normas de direito internacional sobre a matéria, enquanto regras de *soft law* (não cogentes), interpretativas de normas internacionais de *hard law* (cogentes) (MAZZUOLI, 2018, 383-384)⁴⁶⁵.

A ONU editou a Resolução n. 17/19,⁴⁶⁶ em 2011, solicitando estudo sobre legislação, práticas discriminatórias e atos violentos perpetrados em razão de orientação sexual e identidade de gênero, em todo o mundo, com indicação da forma pela qual a normatização internacional poderia ser aplicada, visando eliminar a violência e as violações conexas de direitos humanos. Em cumprimento, foi elaborado o Relatório A/HRC/19/41⁴⁶⁷, que, no item 66, identificou práticas restritivas da autonomia na tomada de decisão sobre sexualidade, reprodução e vida familiar, baseadas em orientação sexual ou identidade de gênero. Recomendou, no item e, a promulgação de legislação antidiscriminatória relativa à matéria, incluindo formas cruzadas de discriminação, cabendo às instituições nacionais de direitos humanos a execução dessa política. E a Resolução A/HRC/RES/27/32, de 2014, solicitou a atualização do relatório HRC/19/41, para difundir boas práticas e formas de superação da violência e da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, baseadas nas normas de direitos humanos.

Em 2015, agências e órgãos da ONU lançaram Declaração Conjunta⁴⁶⁸ com o objeto de inibir e dar fim à violência e à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Destaca que “todas as pessoas têm o mesmo direito de não ser objeto de violência, perseguição, discriminação e estigmatização” e que “as leis internacionais em matéria dos direitos humanos estabelecem obrigações jurídicas aos Estados a fim de garantir que todas as pessoas, sem distinção alguma, possam usufruir de tais direitos”. Consigna que os direitos humanos asseguram a proteção contra a pressão sobre as famílias e comunidades em razão da orientação sexual e identidade de gênero.

464 *Idem.* p. 93.

465 MAZZUOLI, Valério de Oliveira (2018) - Curso de Direitos Humanos. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. ISBN 978-85-309-8023-8. pp. 383-384.

466 RESOLUÇÃO do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. In Informe do Conselho. 2011 [em linha]. Genebra. 17º período de sessões. GE.11-14879 (S) 28.07.2011 [Consul. 11 abr. 2020]. Disponível em <https://arc-international.net/wp-content/uploads/2011/09/HRC-Res-17-19.pdf>.

467 RELATÓRIO A/HRC/19/41 - Leis e Práticas Discriminatórias e Atos de Violência contra Indivíduos com Base em sua Orientação Sexual e Identidade de Gênero – Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. [em linha] 17.11.2011 [Consul. 27 mar. 2020]. Disponível em <https://www.refworld.org/docid/4ef09202.html>.

468 Disponível em <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/DeclaracaoConjuntaONU.pdf>.

A ONU, no ano de 2015, adotou a Resolução A/RES/70/1⁴⁶⁹, denominada “Transformar o Nosso Mundo: Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável”, que entrou em vigor em 01.01.2016. Tal resolução traça 17 (dezessete) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), desdobrados em 169 (cento e sessenta e nove) metas, tidas como uma visão comum de líderes mundiais e povos para nortear a implementação do desenvolvimento sustentável nas vertentes social, econômica e ambiental, bem como prover a paz, a justiça e a eficácia institucional. No seu objetivo n. 3, relativo à garantia de acesso à saúde de qualidade e promoção do bem-estar de todos, a resolução pretende, até 2030, “assegurar o acesso universal aos serviços de saúde sexual e reprodutiva, incluindo o planejamento familiar, informação e educação, bem como a integração da saúde reprodutiva em estratégias e programas nacionais”.

Resolução A/HRC/RES/32/2⁴⁷⁰, de 2016, criou a função de Perito Independente em proteção contra a violência e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Destaca a relevância dos debates internos, em nível nacional, sobre questões sensíveis atinentes a aspectos históricos, culturais, sociais e religiosos. Reprova o uso de pressões externas e medidas coercitivas, inclusive sanções econômicas, para influenciar os Estados-Membros. Salienta que sua aplicação deve respeitar a soberania de cada país, suas leis internas, antecedentes culturais de seu povo e valores religiosos e éticos.

Assim, sob o prisma, e dentro dos limites de atuação do direito internacional, ocorreu um significativo avanço no reconhecimento dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, elevados à categoria de direitos humanos, a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual, da igualdade e da não discriminação, demonstrada, ainda, a compatibilidade dos diplomas internacionais com a incidência do pluralismo na parentalidade constituída mediante recurso às técnicas de PMA, com vistas ao afastamento de restrições baseadas no sexo, orientação sexual, estado civil, condição de saúde ou situação socioeconômica da pessoa ou casal beneficiário.

No âmbito do direito internacional europeu, o Conselho da Europa, em 1950, editou a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH)⁴⁷¹, que contempla o direito ao respeito pela vida privada e familiar no seu art. 8º. O direito ao casamento está previsto no art. 12, para o qual, “a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito”. No art. 14, traça os contornos da vedação à discriminação,

469 RESOLUÇÃO A/RES/70/1 Adotada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas. [em linha] 25.09.2015 [Consul. 29 abr. 2020]. Disponível em https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E.

470 RESOLUÇÃO A/HRC/RES/32/2 Adotada pelo Conselho de Direitos Humanos da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas. [em linha] 15.07.2016 [Consul. 01 mai. 2020] Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/154/18/PDF/G1615418.pdf?OpenElement>.

471 CONVENÇÃO Europeia dos Direitos do Homem. Proclamada pelo Conselho da Europa em 04.11.1950. Aprovada para ratificação por Portugal através da Lei n. 65/1978, Diário da República n. 236/1978, Série I, (13.10.1978), pp. 2119 – 2145.

inclusive as motivadas pelo sexo. E, no Protocolo de n. 12, de 04.11.2000, o seu art. 1º estabelece a regra de interdição geral de discriminação, dirigida às autoridades públicas.

A doutrina tem considerado que o art. 8º da CEDH traz um conceito de família difuso, aberto a ponderações casuísticas, de modo a acolher estruturas familiares baseadas em vínculos reconhecidos e com identificação existente entre seus membros (PEREIRA, 2013, 22)⁴⁷². Aventa que a leitura do referido dispositivo é influenciada pelas transformações dos padrões socioculturais, os quais não são imutáveis ao longo da história, fenômeno que se convencionou designar “interpretação dinâmica” (ALMEIDA, 2008, 66-78)⁴⁷³. Também com fundamento no art. 8º da CEDH, tem sido defendido, em favor das pessoas solteiras e dos casais do mesmo sexo, o direito subjetivo natural e fundamental de realizar o seu projeto familiar, numa ampla perspectiva, seja através do casamento, da constituição de família, da decomposição ou recomposição da família, da adoção e/ou da procriação, sendo discriminatória, e, portanto, ilegítima, qualquer objeção lastreada no sexo e na orientação sexual (FRISON-ROCHE, 2014, 261-261)⁴⁷⁴.

Em 1996, o Conselho da Europa aprovou a Carta Social Europeia⁴⁷⁵, que, no seu art. 11º, estabelece o direito à proteção da saúde e, no art. 16º, consagra o direito da família a uma proteção social, jurídica e econômica.

O Conselho aprovou a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina – Convenção de Oviedo⁴⁷⁶, em 1997, tendo por objeto a proteção da dignidade, da identidade e da integridade do ser humano; a não discriminação; e o respeito aos seus demais direitos e liberdades fundamentais ante aplicações da medicina e da biologia. O art. 2º elege o primado do ser humano, cujo interesse e bem-estar devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da sociedade e da ciência, e, no art. 3º, referencia o acesso equitativo aos cuidados de saúde de qualidade apropriada. O art. 5º impõe, como regra geral, a prestação de consentimento livre e esclarecido para qualquer intervenção no domínio da saúde. O art. 21º trata da proibição de que o corpo humano e suas partes sejam instrumentos para a obtenção de lucros. E o art. 28º propõe que as questões fundamentais inerentes ao desenvolvimento da medicina sejam objeto de debate público adequado, levando-se em conta as implicações médicas, éticas, sociais, econômicas e jurídicas pertinentes, e que as suas aplicações sejam analisadas mediante consultas apropriadas.

472 PEREIRA, Margarida Silva (2013) - Direito da Família: Elementos de Estudo. Lisboa: AAFDL. p. 22.

473 ALMEIDA, Susana (2008) - O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 978-97232-1596-0 pp. 66-67.

474 FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2014) - Une Famille à as Main. La Famille en Mutation. Tomo 57. Paris: Éditions Dalloz. ISBN 978-2-247-13678-0. pp. 261-262.

475 CARTA Social Europeia. Resolução da Assembleia da República n. 64-A/2001, de 17/10, ratificadas pelo Decreto do Presidente da República n. 54-A/2001, de 17/10. Diário da República I-A, n. 241, 1º Suplemento, de 17.10.2001.

476 CONVENÇÃO para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina. Proclamada pelo Conselho da Europa em 04.04.1997, através do Tratado n. 164. Aprovada para ratificação através da Lei n. 65/1978, Diário da República, n. 01/2001, Série I-A, (03.01.2001), pp. 14-36.

Para a doutrina, o art. 21, da Convenção de Oviedo, ao dizer que “o corpo humano e suas partes não devem ser, enquanto tais, fonte de lucro”, expressa o princípio da não patrimonialidade do corpo humano, o qual não possui natureza de bem estimável em pecúnia, não podendo ser objeto de alienação onerosa, sendo admissíveis apenas disposições gratuitas, respeitadas a integridade bio-físico-psíquica e a dignidade da pessoa, além das demais condições legais. Os elementos e produtos do corpo humano, quando separados deste, são considerados “coisas”, mas conservam a sua característica de humanidade, não podendo ser banalizados (DEPADT-SEBAG, 2012, 105)⁴⁷⁷. O art. 21 da Convenção é extensível, embora com algumas dificuldades de aplicação, aos casos de gestação de substituição e de “material sensível” como tecidos residuais de aborto e secundinas pós-parto (SILVA, 1997, 72)⁴⁷⁸.

O Conselho da Europa, através da Resolução n. 756 (1981)⁴⁷⁹, de 1981, consignou, no item 2, que todos os indivíduos maiores de idade, nos termos da lei do seu país, têm o direito à autodeterminação sexual. No item 3, destacou a falta de base médica ou científica para que a homossexualidade seja considerada forma de distúrbio mental, e, por essa razão, no item 6, conclamou a Organização Mundial da Saúde a rever a inclusão da homossexualidade na sua Classificação Internacional de Doenças (CID), o que somente será observado a partir da entrada em vigor da CID-11, prevista para 01.01.2022.

O Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 1994, emitiu a Recomendação n. (94)1⁴⁸⁰, que trata dos bancos de tecidos humanos, admitindo doação altruísta. No seu apêndice, definiu tecido humano como todas as partes constitutivas do corpo humano, a exemplo de pele, ossos e córneas, incluindo resíduos cirúrgicos, mas excluindo órgãos, sangue e produtos de sangue. Os tecidos reprodutivos, tais como espermatozoides, óvulos e embriões, também não são considerados tecidos para os fins de tal recomendação. Também estão excluídos cabelo, unhas, placentas e resíduos corporais.

Em 2010, o mesmo comitê expediu a Recomendação CM/rec (2010) 005⁴⁸¹, sobre medidas, em múltiplos níveis, para combater a discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero. Reafirmou o direito ao respeito à vida privada e familiar, e, no item 28, consignou que “onde a lei nacional permitir tratamento de

477 DEPADT-SEBAG, Valérie (2012) - Direito e Bioética. Trad. Sandra Campos. Lisboa: Edições Piaget. Título Original: Droit et Bioéthique. ISBN 978-989-759-009-2. p. 105.

478 SILVA, Paula Martinho da (1997) - Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada. Lisboa: Cosmos. ISBN 972-762-050-7. p. 72.

479 RESOLUTION 756 (1981) Adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa [em linha] 01.10.1981 [Consul. 01 mai. 2020]. Disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16167&lang>.

480 RECOMENDAÇÃO n. R (94) 1 Adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa [em linha] 14.03.1994 [Consul. 01 mai. 2020]. Disponível em https://www.edqm.eu/medias/fichiers/Recommendation_No_94_1_of_the_Committee_of_Ministers_to_member_states_on_human_tissue_banks.pdf.

481 RECOMENDAÇÃO CM/Rec (2010) 005 Adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa [em linha] 31.03.2010 [Consul. 01 mai. 2020]. Disponível em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=-09000016804d0f6d.

reprodução assistida às mulheres solteiras, os estados membros devem procurar garantir o acesso a esse tratamento sem discriminação em razão da orientação sexual”.

A Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, no ano de 2010, adotou a Resolução 1728 (2010)⁴⁸², que aborda a discriminação fundada na orientação sexual e na identidade de gênero. O texto diz, no seu item 1, que a “orientação sexual, que inclui heterossexualidade, bissexualidade e homossexualidade, é uma parte profunda da identidade de cada e todo ser humano”, e, nos seus termos, “identidade de gênero refere-se à experiência interna e individual de gênero, profundamente sentida por cada pessoa”. E o item 10 assevera que “a negativa de direito às ‘famílias LGBT’ de fato, em muitos Estados-Membros, deve também ser tratada, inclusive através do reconhecimento legal e proteção dessas famílias”. Para a implementação de medidas concretas sobre o tema, foi editada a Recomendação n. 1.915 (2010)⁴⁸³, na mesma data, dirigida ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que editou a Resolução n. 2.239 (2018)⁴⁸⁴, sobre a vida familiar e privada, de modo a atingir a igualdade, independentemente de orientação sexual. O item 4.5 traz importante avanço sobre o reconhecimento das designadas “*rainbow families*” (famílias arco-íris), estipulando a proteção dos direitos dos pais e crianças, sem discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. Relevantes disposições constam dos seguintes subitens: (1) 4.5.3 – extensão automática da coparentalidade ao parceiro do mesmo sexo do genitor que tenha dado à luz, em todos os casos nos quais haveria o reconhecimento da parentalidade em favor do cônjuge masculino da mãe; (2) 4.5.4 – caso as mulheres solteiras sejam contempladas com o acesso à PMA, deve ser assegurado tal acesso sem discriminação baseada em orientação sexual ou identidade de gênero; e (3) 4.5.5 – quando os casais heterossexuais não casados tiverem acesso à PMA, o mesmo acesso deve ser garantido aos casais do mesmo sexo.

O Tribunal Europeu dos Direitos Homem (TEDH) detém competência para aplicar aos casos concretos as normas sobre direitos civis e políticos insculpidas na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, as quais vem interpretando com atenção às transformações sociais hauridas das complexas e heterogêneas sociedades submetidas à sua jurisdição internacional, sem descuidar do respeito à soberania dos Estados-Partes.

Ao decidir o caso *X e Outros c. Áustria*⁴⁸⁵, o TEDH reconheceu o direito de um dos membros de casal feminino à adoção de filho biológico da parceira. A decisão pontuou que a convenção é um instrumento vivo, que deve ser interpretado à luz das condi-

482 RESOLUÇÃO 1728 (2010) Adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa [em linha] 29.04.2010 [Consult. 01 mai. 2020]. Disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17853&lang=en>.

483 RECOMENDAÇÃO n. 1.915 (2010) Adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa [em linha] 29.04.2010 [Consult. 28 mar. 2020]. Disponível em <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17854&lang=en>.

484 RESOLUÇÃO 2239 (2018) Adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa [em linha] 10.10.2018 [Consult. 01 abr. 2020]. Disponível em assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25166&lang=en.

485 Corte Europeia de Direitos Humanos, *X e Outros c. Áustria* [GC], No. 19010/07, 19 de fevereiro de 2013.

ções atuais. Frisou que a coabitação de um casal do mesmo sexo em um relacionamento estável de fato se enquadra na noção de vida familiar referida no art. 8º da CEDH, tanto quanto a união de um casal de sexos diferentes na mesma situação. Aplicou ao caso o princípio da proporcionalidade. A doutrina explica que referido julgado, visando estender o direito e conferir condições objetivas para a adoção aos casais do mesmo sexo, se pautou em um modelo alargado de família nuclear, mas sem ter abordado as dificuldades próprias da conceituação de família, notadamente quanto à sua caracterização, constituição e vinculação entre seus membros (PEREIRA, 2013, 17).

O TEDH também julgou os casos *Labassee c. França*⁴⁸⁶ e *Mennesson versus França*⁴⁸⁷, que versaram sobre contratos de gestação de substituição firmados no estrangeiro (Estados Unidos) por casais de nacionalidade francesa e seus efeitos na filiação em França. Nas duas situações, houve recurso à PMA mediante FIV e doação de ovócitos de doadoras anônimas, empregando o sêmen dos cônjuges masculinos das beneficiárias. A França negou a emissão de certidão de nascimento às crianças, considerando que a ordem interna estatal não contempla a filiação intencional com recurso à sub-rogação gestacional, por estabelecer a filiação materna como resultante do fato do nascimento. O TEDH entendeu pela legitimidade da recusa estatal ao reconhecimento do vínculo de filiação entre beneficiários e filhos nascidos no exterior por contrato de gestação de substituição, como mecanismo para inibir seus nacionais a buscarem no estrangeiro os serviços vedados no país, bem como para proteção dos direitos das crianças. Por outro lado, pontuou que o não-reconhecimento do vínculo entre genitores e filhos é prejudicial à identidade parental e aos direitos sucessórios destes. Decidiu que não houve violação ao art. 8º da CEDH, no que tange ao respeito à vida familiar dos beneficiários, porém, considerou que, quanto às crianças nascidas por meio de gestação de substituição internacional, a negativa de registro pelo notariado do Estado da França vulnerou aquele dispositivo, por ter atingido o direito pessoal das crianças ao respeito à sua vida privada.

Outro precedente relevante foi prolatado em julgamento conjunto, pela similitude fática e jurídica, nos casos *Foulon e Bouvet c. França*⁴⁸⁸, que abordam a contratação, por homens solteiros, cidadãos franceses, de sub-rogação gestacional efetivada na Índia. Após o nascimento, foram emitidas as certidões, constando, como pais, os contratantes, e, como mães, as gestantes substitutas, sendo, então, entregues as crianças aos seus respectivos pais. A autoridade francesa negou-lhes a transcrição dos registros de nascimento, não legitimando o estado de filiação. O TEDH aplicou os precedentes dos casos *Labassee* e *Mennesson*, por conseguinte, concluiu que não houve vulneração ao art. 8º da CEDH quanto ao alegado direito dos reclamantes ao respeito de sua vida familiar, mas que tal dispositivo fora violado no que toca ao direito das crianças ao respeito à

486 Corte Europeia de Direitos Humanos, *Labassee c. França*, No. 65941/11, 26 de setembro 2014.

487 Corte Europeia de Direitos Humanos, *Mennesson c. França*, No. 65192/11, 26 de setembro 2014.

488 Corte Europeia de Direitos Humanos, *Foulon e Bouvet c. França*, No. 9063/14 e 10410/14, 21 de outubro 2016.

sua vida privada. Assim, reconheceu o direito dos infantes à filiação e à nacionalidade, bem como condenou a França à compensação de danos morais causados aos filhos e ao ressarcimento dos danos materiais comprovados pelos pais.

O TEDH tem conferido ampla margem de liberdade aos Estados-membros para a regulamentação da procriação medicamente assistida e da gestação de substituição, conforme suas peculiaridades históricas, culturais e socioeconômicas, porém, tem entendido pela preponderância do direito à vida privada do infante, garantido pelo art. 8º da CEDH, ainda que em face da justificativa estatal de assegurar o superior interesse da criança e de combater o “turismo reprodutivo” e a instrumentalização da mulher.

Diante do recorrido, também no âmbito do direito internacional europeu, é possível observar importantes progressos na positivação dos novos direitos, assim classificados os direitos sexuais, reprodutivos e familiares, sob os postulados do pluralismo e da neutralidade quanto ao estado civil, sexo, identidade de gênero e orientação sexual, principais fatores de histórica estigmatização e discriminação. Essa evolução é verificada especialmente após o advento da Resolução n. 2.239 (2018), antes do que, o reconhecimento da parentalidade neutra quanto à orientação sexual vinha se concretizando mais por força de interpretação jurisdicional do TEDH, baseada em construção doutrinária, do que mediante regra jurídica expressa.

Por sua vez, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁴⁸⁹, de 1948, no art. 3º, *l*, proclama, como princípios, os direitos fundamentais da pessoa humana, sem distinção de raça, nacionalidade, crença ou sexo. Nos termos do art. 43, *a*, reza que “todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, nacionalidade, credo ou condição social, têm direito ao bem-estar material e a seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade, dignidade, igualdade de oportunidades e segurança econômica”.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem da OEA⁴⁹⁰, aprovada também em 1948, inscreve, no seu artigo V, o direito à proteção da honra, da reputação pessoal e da vida particular e familiar contra ataques abusivos, e, no artigo VI, diz que toda pessoa tem direito à constituição de família e à proteção dela.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH (Pacto de San José)⁴⁹¹, no seu art. 1º, item 1, impõe aos Estados-Membros a obrigação de respeitar os direitos e liberdades por ela reconhecidos e garantir o seu livre e pleno exercício, sem

489 CARTA da Organização dos Estados Americanos. Série sobre Tratados. 1-C Y 61 [em linha] 30.04.1948 [Consul. 01 mai. 2020] Disponível em www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_inter_americanos_A41_carta_OEA_firmas.asp.

490 DECLARAÇÃO Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana. [em linha] 1948 [Consul. 28 mar. 2020]. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm.

491 CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos em Matérias de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Série sobre Tratados, N. 69 [em linha] San Salvador/El Salvador, 17.11.1988 [Consul. 01 mai. 2020]. Documento disponível em www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html.

discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Esse dispositivo tem aceção ampla, destinando-se a eliminar a personalidade jurídica condicionada, quando é conferida a proteção estatal somente se preenchidos determinados requisitos (MAZZUOLI, 2019, 18)⁴⁹². O art. 4º, item 1, diz que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”, o que não se circunscreve aos aspectos físicos, mas também envolve elementos multidimensionais, como os psíquicos, emocionais, morais, ambientais, sociais e espirituais, todos conectados ao livre desenvolvimento da pessoa humana. Para a doutrina, “o direito à vida é o núcleo essencial para a realização dos direitos humanos, de maneira tal que, caso este não seja respeitado, todos os demais direitos carecem de sentido” (FACHIN e PIOVESAN, 2019, 30)⁴⁹³. No art. 11, assegura a proteção da honra e da dignidade, tratando-se de “obrigação que supera o caráter *erga omnes* das obrigações internacionais para tornar-se verdadeiro *jus cogens*” (MAZZUOLI, 2019, 178)⁴⁹⁴. O art. 17 dispõe sobre a proteção à família, o que os intérpretes consideram como “padrão mínimo protetivo”, podendo ser ampliado pelas ordens jurídicas internas dos estados, “no sentido de garantir às pessoas interessadas o direito de contrair casamento e de constituir família, sem discriminação em virtude de sexo, raça, cor, língua, religião etc.” (MAZZUOLI, 2019, 198)⁴⁹⁵. E, no art. 24, consagra a igualdade de todas as pessoas perante a lei, tendo direito à igual proteção, sem discriminação. A doutrina defende que esse artigo encerra norma de *jus cogens*, de cumprimento obrigatório pelos Estados, consistindo em “um dos pilares estruturantes dos direitos fundamentais e dos direitos humanos”, sendo assente que “é discriminatória qualquer distinção que não tenha um legítimo propósito ou um intento justificável, que guardem razoabilidade entre os meios e os fins empregados” (FACHIN e PIOVESAN, 2019, 227-229)⁴⁹⁶. Essas normas autorizam a interpretação de que, à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, o pluralismo em termos de procriação medicamente assistida é juridicamente defensável.

O direito à não discriminação foi reafirmado pelo art. 3º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matérias de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador)⁴⁹⁷. No art. 15, declara o direito à constituição e à proteção da família. No item 2 prevê que “toda pessoa tem direito a

492 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. In FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira; e PIOVESAN, Flávia. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.18. ISBN 978-85-309-8695-7.

493 FACHIN, Melina Girardi; e PIOVESAN, Flávia. In FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira; e PIOVESAN, Flávia. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.30. ISBN 978-85-309-8695-7.

494 *Idem*. p. 178.

495 *Idem*. p. 198.

496 *Idem*. p. 229.

497 CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos em Matérias de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Série sobre Tratados, N. 69 [em linha] San Salvador/El Salvador, 17.11.1988 [Consul. 01 mai. 2020]. Documento disponível em www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html.

constituir família, o qual exercerá de acordo com as disposições da legislação interna correspondente”. E, no item 3, *d*, impõe aos Estados-partes o dever de “executar programas especiais de formação familiar, a fim de contribuir para a criação de ambiente estável e positivo no qual as crianças percebam e desenvolvam os valores de compreensão, solidariedade, respeito e responsabilidade”.

A Convenção Interamericana contra toda Forma de Discriminação e Intolerância,⁴⁹⁸ de 2013, reconhece a obrigação dos Estados-Membros adotarem medidas nacionais e regionais para fomentar o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de todos os grupos e indivíduos por motivos de sexo, idade, orientação sexual e outros. Assevera que as vítimas de discriminação e intolerância são, comumente, os migrantes, os refugiados e outros grupos e minorias sexuais, culturais, religiosas e linguísticas. Menciona o pluralismo e a democracia como bases do respeito à identidade de gênero e sexual de toda pessoa, sendo necessário criar condições que lhe possibilitem preservar e desenvolver sua identidade. Por fim, frisa que a experiência individual e coletiva da discriminação e intolerância deve ser considerada nas propostas e ações de combate à exclusão e marginalização por motivo de gênero, idade, orientação sexual, origem social, situação econômica, deficiência ou outra condição social.

A Assembleia-Geral da OEA, através da Resolução AG/RES. 2807 (XLIII-O/13)⁴⁹⁹, de 2013, condenou a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, propondo a eliminação de barreiras ao acesso equitativo à participação política e à vida pública, bem como a inibição de ingerências na vida privada. Pondera que, numa sociedade multicultural, questões inerentes à orientação sexual e à identidade e expressão de gênero exigem um amplo debate nacional, entre todos os setores da sociedade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão autônomo vinculado à OEA, encarregado da promoção e proteção aos direitos humanos no continente americano, exercendo jurisdição internacional de caráter subsidiário, coadjuvante e complementar às instâncias domésticas, também tem apreciado questões correlatas ao pluralismo em matéria de procriação medicamente assistida e parentalidade

No caso *Atala Rizzo e Filhas c. Chile*⁵⁰⁰, em 2002, após rompimento matrimonial, foi acordado que as três filhas menores do casal ficariam sob guarda da mãe. A genitora passou a conviver maritalmente com outra mulher. O ex-cônjuge ajuizou ação pleiteando a custódia das filhas, no ano de 2003, mas o Juizado de Menores de Villarrica,

498 CONVENÇÃO Interamericana contra toda Forma de Discriminação e Intolerância. Aprovada no 43º Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral. [em linha] La Antigua/Guatemala, 05.06.2013 [Consul. 01 mai. 2020]. Documento disponível em www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multi_laterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp.

499 RESOLUÇÃO AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), de 2013 Aprovada pela Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos. [em linha] 06.06.2013 [Consul. 29 mar. 2020] Disponível em http://www.oas.org/pt/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf.

500 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Atala Rizzo e filhas c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de fevereiro de 2012, Série C N. 239.

após conferir-lhe a guarda provisória, julgou improcedente o mérito do pedido. Em 2004, a Corte de Apelação de Temuco confirmou a sentença, porém, a Corte Suprema de Justiça do Chile acolheu o recurso do genitor, concedendo-lhe a tutela definitiva das filhas. A mãe, em 24.11.2004, peticionou à Corte Interamericana de Direitos Humanos. A petição foi admitida em 23.07.2008 e a sentença prolatada em 24.02.2012.

A sentença tratou do direito à não discriminação, insculpido no art. 1º, item 1, da CADH, norma de caráter geral, de natureza cogente, a ser respeitada e garantida pelos Estados-Partes. Frisou que “todo tratamento que possa ser considerado discriminatório com respeito ao exercício de quaisquer dos direitos garantidos na Convenção é com ela incompatível *per se*”, a teor do art. 1º, 1. Acrescentou que o direito à igual proteção da lei, consagrado no art. 24 da CADH, veda a discriminação, de direito ou de fato, não apenas em face dos direitos reconhecidos pela convenção, mas também quanto às leis aprovadas e aplicadas pelos Estados. Pontuou que os princípios da igualdade e da não discriminação emanam da natureza do gênero humano, não se compatibilizando com o tratamento privilegiado de uns e o tratamento hostil ou detrimetoso de outros.

A sentença referiu os “tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação acompanhará a evolução dos tempos e as condições de vida do momento”. Entendeu que a orientação sexual é categoria protegida pelo art. 1.1 da CADH, enquadrada na expressão “qualquer outra condição social”, pontuando que sempre deve ser escolhida a interpretação mais benéfica à tutela dos direitos humanos – princípio da norma mais favorável ao ser humano. Asseverou que os critérios de discriminação elencados no artigo não são taxativos, mas exemplificativos, pois a norma é aberta, com o termo “ou qualquer outra condição social”. Concebeu a orientação sexual como uma das categorias de discriminação proibidas pelo art. 1º, 1, devendo ser rechaçada qualquer norma, ato, decisão ou prática, de autoridades estatais, ou de particulares, que excluam, restrinjam ou diminuam os direitos de uma pessoa com base nesse fator.

A CIDH considerou legítimo o objetivo geral de proteção ao princípio do interesse superior da criança, enquanto postulado que regula a legislação específica, com vistas a propiciar o integral desenvolvimento e aproveitamento das potencialidades do infante. Entendeu que o atendimento a tal princípio deve ser verificado mediante “avaliação dos comportamentos parentais específicos e seu impacto negativo no bem-estar e no desenvolvimento da criança, conforme o caso, nos danos ou riscos reais e provados, e não especulativos ou imaginários”, rejeitando “especulações, presunções, estereótipos ou considerações generalizadas sobre características pessoais dos pais ou preferências culturais a respeito de certos conceitos tradicionais da família”. Salientou, também, que “o interesse superior da criança não pode ser usado para amparar a discriminação contra a mãe ou o pai, em virtude da orientação sexual de qualquer deles”, não poden-

do o aplicador do direito sopesar apenas tal condição para definir a guarda ou tutela. Em outras palavras, entendeu a Corte que eventuais ou potenciais riscos ou danos ao superior interesse da criança não podem ser objeto de ponderação abstrata, devendo ser aferidos casuisticamente, requerendo instrução probatória.

A CIDH consignou que a possibilidade de discriminação social aos filhos não justifica tratamento discriminatório ou a restrição de direitos dos pais, com base em sua orientação sexual, ainda que se trate de sociedade intolerante nesse aspecto, o que alimenta a perpetuação da discriminação, cabendo aos Estados a obrigação internacional de adotar medidas de enfrentamento face às manifestações de intolerância, visando a efetividade dos direitos consagrados na CADH. Frisou que a evolução social, cultural e institucional resultou na inclusão de múltiplas opções de vida, na aceitação de casais interracialis, mães e pais singulares e casais divorciados, os quais não eram aceitos até passado recente, impondo-se ao direito e aos Estados cooperar pelo avanço social, de modo a elidir a consolidação de diversas formas de discriminação que vulneram os direitos humanos. Observou que o argumento do risco de rejeição social da criança fundado no estigma da orientação sexual da mãe ou do pai, não pode ser considerado um “dano” válido, e, “caso os juízes que analisam casos como este constatem a existência de discriminação social, é totalmente inadmissível legitimar essa discriminação com o argumento de proteger o interesse superior do menor de idade”.

Acerca da alegada confusão de papéis, por parte dos filhos de pais com orientação sexual voltada para pessoas do mesmo sexo, asseverou que o dano concreto, específico e real deve ser comprovado por prova técnica. Os relatórios apresentados pelos peritos da Corte concluíram que “a convivência de menores de idade com casais homossexuais não afeta *per se* seu desenvolvimento emocional e psicológico”. Mencionou que a Corte Suprema do Chile entendeu pelo risco de “confusão de papéis sexuais” e “situação de risco para o desenvolvimento” das crianças, em razão da orientação sexual de sua genitora, com fulcro em mera especulação, posto que não havia elemento nos autos que demonstrasse ter a mãe obstado o convívio entre o pai e as filhas, ou que este não mantivesse contato com elas. Afirmou a CIDH que a Corte doméstica não se fundamentou em dano concreto e específico, afastando tal alegação.

Destacou que a orientação sexual não se resume à condição em si, mas envolve a expressão e as consequências do projeto de vida correspondente. Pontuou que a vida privada vai além do direito à privacidade, abrangendo a identidade física e social, a autonomia, o desenvolvimento da personalidade e o relacionamento com outras pessoas e seu ambiente social, o que subsidia o direito de estabelecer e manter relações com quem quer que seja, incluindo pessoas do mesmo sexo, faculdade extensível ao espaço público e profissional. Destacou que a liberdade e a autodeterminação dão sustentação ao direito de escolha das opções de vida e mundividências, inclusive na esfera afetivo-sexual.

Frisou a CIDH que a Corte Suprema do Chile, ao utilizar em sua decisão expressões como “família normal e tradicional”, “família estruturada normalmente e apreciada no meio social” e “família excepcional”, demonstra uma “percepção limitada e estereotipada do conceito de família que não tem base na Convenção porquanto não existe um modelo específico de família (a ‘família tradicional’)”. Posicionou-se no sentido de que houve interferência arbitrária e abusiva do Estado no direito à vida familiar, nos moldes dos artigos 11.2 e 17.1 da CADH. Pontuou que a vida privada, em cujo âmbito estão compreendidas diversas dimensões, como a vida sexual e as relações com outros seres humanos, não tem definição exaustiva. Inferiu que toda restrição à vida privada deve ser estabelecida em lei, ter fim legítimo e atender aos requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade. Reconheceu o pluralismo familiar, ao consignar, com base em diversos órgãos de direitos humanos criados por tratados, que “não existe um modelo único de família, porquanto esse modelo pode variar”.

Por fim, julgou a CIDH que (1) não restou demonstrada a adequação da motivação da decisão impugnada face à proteção do superior interesse das crianças; (2) não ficou provado que o convívio materno fosse capaz de gerar dano ao superior interesse das crianças; (3) foram utilizados “argumentos abstratos, estereotipados ou discriminatórios para fundamentar a decisão”; (4) a decisão constituiu tratamento discriminatório contra a requerente; e (5) a República do Chile violou o direito à igualdade, previsto no art. 24, c/c art. 1.1, da CADH. A Corte, reconhecendo a responsabilidade internacional, condenou a República do Chile: (1) à oferta de assistência médica e psicológica às vítimas, com fornecimento de medicamentos e transporte; (2) à publicação do resumo oficial da sentença e sua disponibilização integral em página eletrônica oficial, durante um ano; (3) à promover ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional; (4) à garantia de não repetição mediante capacitação de servidores públicos; adoção de medidas de direito interno, reformas e adequação de leis contra a discriminação; adoção do controle de convencionalidade nas interpretações judiciais e administrativas; e aplicação das garantias judiciais conforme os princípios estabelecidos na jurisprudência da CIDH para o caso; (5) à recomposição dos danos materiais comprovados, no montante de US\$ 10.000 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América); e (5) compensação de danos imateriais, no importe de US\$ 20.000 (vinte mil dólares) para a mãe e US\$ 10.000 (dez mil dólares) para cada uma das três crianças.

Outro caso paradigmático envolveu a Costa Rica, que, pelo Decreto Executivo n. 24029-S, de 03.02.1995, do Ministério da Saúde, regulamentou a Fertilização *In Vitro*, para casais casados, sendo tal técnica praticada no país até que, em 15.03.2000, decisão da Sala Constitucional da Corte Suprema, em ação de inconstitucionalidade, entendeu que o decreto violava o direito à vida do embrião, condicionando a possibilidade de utilização da técnica somente quando não houvesse nenhuma perda embrionária. Os inte-

ressados peticionaram à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 19.01.2001; a petição foi admitida em 11.03.2004; e a sentença prolatada em 28.11.2012.

No assim conhecido caso *Artavia Murillo e Outros c. Costa Rica*,⁵⁰¹ a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, primeiramente, apreciou o alcance dos direitos à integridade pessoal, à liberdade pessoal e à vida privada.

Pontuou que o direito à integridade pessoal é violado na exposição a situações de menosprezo, angústia e ansiedade pela falta de atendimento médico ou problemas de acessibilidade a procedimentos de saúde, inclusive os de saúde procriativa, que abranjem a informação, a livre escolha e o emprego de métodos seguros, eficazes e aceitáveis.

Afirmou que o art. 7º da CADH contém conceito amplo de liberdade, direito humano básico que abarca “a capacidade de fazer e não fazer tudo o que esteja lícitamente permitido” e constitui “direito de toda pessoa de organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social em conformidade com suas próprias opções e convicções”.

Observou que o art. 11 da CADH impõe a proteção da vida privada e familiar. Frisou que a privacidade é isenta e imune a toda invasão ou agressão arbitrária ou abusiva do Estado ou do particular, sendo imprescindível ao livre desenvolvimento da personalidade. Salientou que “a efetividade do exercício do direito à vida privada é decisiva para a possibilidade de exercer a autonomia pessoal sobre o futuro curso de eventos relevantes para a qualidade de vida da pessoa”. Consignou que “a decisão de ser ou não mãe ou pai é parte do direito à vida privada e inclui, no presente caso, a decisão de ser mãe ou pai no sentido genético ou biológico”. Destacou que o direito à integridade física e mental, o direito à procriação e o direito à constituição de família são aspectos da vida privada. Pontuou que o direito à vida privada também está intrinsecamente ligado à “autonomia reprodutiva” e ao “acesso a serviços de saúde reprodutiva, o que envolve o direito de ter acesso à tecnologia médica necessária para exercer esse direito”, que é vulnerado quando são impostos obstáculos à procriação e à parentalidade.

Entendeu que, dos artigos 11.2 e 17.2 da CADH, se projeta o alcance dos direitos à vida privada, à autonomia reprodutiva e à constituição de família, concretizáveis mediante acesso de toda pessoa ao mais alto e efetivo progresso científico para o exercício de um projeto procriativo-parental, o que impõe a oferta das melhores tecnologias em PMA e, por outro lado, a vedação de restrições desproporcionais, desnecessárias e desarrazoadas, de fato e de direito, à tomada de decisões reprodutivas.

A CIDH asseverou que a Corte chilena, ao condicionar a utilização da FIV à total ausência de perda embrionária, na prática, impôs uma proibição de sua aplicação, pois, até o momento atual da ciência, não é possível garantir a realização do procedimento

501 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Artavia Murillo e Outros (Fecundação in vitro) c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C N. 257.

sem eventual perda embrionária. Com isso, o ato padece de imprevisibilidade. Em consequência da decisão, houve a interrupção de tratamentos médicos com recurso à FIV, obrigando os interessados a dar seguimento no exterior, e, em outros casos, resultou na ruptura do vínculo matrimonial, o que representa interferência na vida privada e familiar, posto que os interessados foram obstados da tomada de decisão autônoma sobre o tratamento desejado e necessário para o exercício dos seus direitos sexuais e reprodutivos.

A Corte interpretou o direito à vida, referido nos artigos 1.1 e 4.1 da CADH, conforme os critérios comum, histórico-sistemático, evolutivo e finalístico. Destacou a inexistência de definição consensual sobre quando começa a vida humana, sendo questão tratada distintamente nas acepções biológica, médica, ética, moral, filosófica e religiosa, como reconhecido por tribunais internacionais e nacionais. No sentido comum, entendeu concepção como o momento em ocorre a implantação do óvulo fecundado no útero. Na interpretação histórico-sistemática, o embrião, enquanto não implantado, não detém o *status* de pessoa, não sendo absoluta a proteção da vida pré-natal, inclusive nos tratamentos médicos de PMA. Pelo critério evolutivo, observou que a regulamentação do direito internacional não induz à conclusão de que o embrião seja equiparado à pessoa ou que tenha um direito à vida, mas que há um “princípio de proteção gradual e incremental – e não absoluta – da vida pré-natal e à conclusão de que o embrião não pode ser entendido como pessoa”. E, em interpretação finalística ou teleológica, asseverou que o objeto e fim do art. 4.1 da CADH não é conceber o direito à vida como um direito absoluto, cuja proteção justifique a total negação de outros direitos, devendo ser procedido o balanceamento entre direitos e interesses conflitantes. Assim, a Corte reafirmou que a concepção ocorre após a implantação do embrião no útero, e, antes disso, não se aplica o art. 4º da Convenção, porque “a proteção do direito à vida em conformidade com esta disposição não é absoluta, mas é gradual e incremental segundo seu desenvolvimento, em razão de que não constitui um dever absoluto e incondicional, mas implica entender a procedência de exceções à regra geral”.

Quanto à proporcionalidade da restrição à FIV, a CIDH frisou que devem ser analisados: “i) o grau de violação de um dos bens em jogo, determinando se a intensidade desta violação foi grave, média ou moderada; ii) a importância da satisfação do bem contrário, e iii) se a satisfação deste justifica a restrição do outro”. Definiu que as vítimas sofreram intromissão severa na tomada de decisão sobre métodos e procedimentos reprodutivos, com impactos sobre gênero, situação econômica e capacidade física, implicando, à luz do art. 1.1 da Convenção, c/c seus artigos 11.2 e 17, em discriminação indireta, pela qual “uma norma ou prática aparentemente neutra tem repercussões particularmente negativas em uma pessoa ou grupo com algumas características determinadas”. Entendeu desproporcional a pretensão de absoluta proteção do embrião, pois envolve risco comum e inerente a outras técnicas de PMA, como a inseminação artificial, que é permitida na Costa Rica, e a gravidez natural, também sujeitas

à perda embrionária. Acresceu que, da ponderação entre a severidade da interferência e o impacto na finalidade proposta, resultou proteção do embrião em grau muito leve.

No mérito, a CIDH declarou a violação aos artigos 5.1, 7, 11.2 e 17.2, em relação ao art. 1.1, da Convenção Americana, responsabilizando internacionalmente a República da Costa Rica e condenando-a: (1) ao oferecimento de atendimento psicológico às vítimas, conforme suas especificidades e interesse; (2) à publicação do resumo da sentença, uma vez, no Diário Oficial e em jornal de ampla circulação nacional, bem como à disponibilização do texto integral, durante um ano, em sítio oficial do Poder Judiciário; (3) à não repetição do ato, afastando-se o impedimento à realização da FIV, regulamentar a implementação da FIV e estabelecer sistemas de fiscalização e controle de qualidade das instituições e profissionais qualificados à aplicação da técnica, bem como deverá a Caixa Costarrriquenha de Previdência Social disponibilizar a FIV em seus programas de fertilidade, observado o princípio da não discriminação, devendo o Estado informar anualmente à CIDH sobre os avanços; (4) à implementação de programas e cursos para educação e capacitação em direitos humanos, direitos reprodutivos e não discriminação aos servidores e magistrados do Poder Judiciário; (5) à reparação dos danos materiais, fixados por critério de equidade, em US\$ 5.000 (cinco mil dólares americanos), para cada requerente que os comprovou; e (6) à compensação de danos imateriais no importe de US\$ 20.000 (vinte mil dólares) para cada uma das vítimas.

Ocorre que foi protelado o cumprimento da decisão. Apenas em 2015, com o Decreto n. 39210-MP-S, foi acolhida a força obrigatória da decisão da CIDH pela Costa Rica. Porém, tal ato esteve vigente apenas entre 11.09 e 07.10.2015, pois a Corte Suprema suspendeu sua vigência e o anulou, declarando-o inconstitucional por violação ao princípio da reserva legal. À vista disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos editou resolução⁵⁰² para compelir o país ao cumprimento da sentença, o que levou o Tribunal nacional a restaurar a vigência do decreto impugnado. Via resolução de 22.11.2019, a CIDH deu por cumprida integralmente a sentença prolatada⁵⁰³.

O Parecer Consultivo OC-24/17⁵⁰⁴, da CIDH, emitido por solicitação da República da Costa Rica, interpretou a Convenção Americana de Direitos Humanos, e, embora tenha consignado a impossibilidade de conferir um sentido corrente à expressão “família”, no seu item VIII, A, 191, opinou pelo reconhecimento do “vínculo familiar que casais do mesmo sexo podem estabelecer por meio de relações afetivas com ânimo

502 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Artavia Murillo e Outros (Fecundação in vitro)*, Supervisão de Cumprimento de Sentenças, Resolução de 26 de fevereiro de 2016.

503 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Artavia Murillo e Outros (Fecundação in vitro) e Gómez Murillo e Outros c. Costa Rica*, Supervisão de Cumprimento de Sentenças, Resolução de 22 de novembro de 2019.

504 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo - obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo (interpretação e alcance dos artigos 1.1, 3º, 7º, 11.2, 13, 17, 18 e 24, em relação ao artigo 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*, Opinião Consultiva OC-24/17, de 24 de novembro de 2017.

de permanência, que buscam empreender um projeto de vida conjunto, tipicamente caracterizado por cooperação e apoio mútuo”, sustentando a proteção convencional do vínculo entre casais do mesmo sexo. No subitem 196, mencionou os Princípios de Yogyakarta, orientando os Estados a assegurar o acesso, em igualdade de condições e sem discriminação, aos cuidados ou benefícios de saúde, dentre outros. No subitem 197, reportou-se ao direito de tais casais às certidões de nascimento de filhos. No subitem 199, reconheceu, como vínculo familiar, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, a ser protegido, com igualdade e sem discriminação alguma relativamente aos casais de sexos opostos, em todos os seus direitos, inclusive no direito à proteção da família, da vida privada e familiar, bem como direitos patrimoniais derivados das relações familiares, nos moldes dos artigos 1.1, 11.2, 17 e 24 da CADH. Consignou que a responsabilidade estatal “se projeta em todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, assim como aos direitos e obrigações reconhecidos no direito interno de cada Estado que surgem dos vínculos familiares de casais heterossexuais”. Asseverou, no subitem 219, que a falta de consenso no seio das sociedades sobre o reconhecimento dos direitos das minorias sexuais “não pode ser considerada como um argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes seus direitos humanos ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que essas minorias sofreram”. Adiante, no subitem B, 228, propôs os mecanismos de proteção à diversidade das configurações familiares, com vistas a permitir o acesso dos casais isossexuais a todas as figuras e institutos dos ordenamentos jurídicos internos, ainda que, para tanto, seja necessário modificá-los, por meio de medidas legislativas, administrativas ou judiciais. Os Estados que enfrentarem dificuldades institucionais na adequação das figuras existentes, temporariamente, e enquanto demonstrada a boa-fé, deverão assegurar aos pares do mesmo sexo a igualdade e a paridade de direitos reconhecidos aos casais de sexos distintos, sem nenhuma discriminação.

Doutrina defende o recurso à interpretação dinâmica, notadamente para perquirir se a orientação sexual integra o catálogo de variáveis ou categorias indicativas de posturas discriminatórias. Nesse método, “os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos; a interpretação deve acompanhar os tempos de mudança e as condições de vida atuais”, o que vem sendo observado nas mais recentes decisões da CIDH sobre os direitos sexuais, reprodutivos e familiares. Ademais, essa construção doutrinária dá suporte à ideia de que o etiquetamento da orientação sexual como categoria suspeita, exige rigoroso escrutínio em cada caso concreto a ser apreciado, e confirma que a falta de consenso sobre a observância dos direitos das minorias sexuais não justifica a negação ou restrição dos seus direitos (CARLUCCI, HERRERA e LAMM, 2012, 167-168)⁵⁰⁵.

505 CARLUCCI, Aida Kemelmajer de; HERRERA, Marisa; e LAMM, Eleonora (2012) - L'Homoparentalité en Amérique Latine: Les Vents qui Soufflent du Sud. Homoparentalité? In *Approche Comparative. Collection Colloques*, Volume 18. Paris: Société de Législation Comparée. ISBN 978-2-36517-010-9. pp. 167-168: “Si la orientation sexuelle constitue une catégorie suspectée, l'analyse d'un cas fondé sur cette variable exige d'appliquer le scrutin

Em suma, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem demonstrado engajamento com a política antidiscriminatória em geral, mas, em razão de peculiaridades culturais, históricas, sociais e econômicas dos Estados-Partes, ainda precisa avançar no que toca à positivação da aplicação do pluralismo no reconhecimento dos direitos sexuais, reprodutivos e familiares, e, especificamente, a respeito do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, posto que a mais significativa evolução constatada em seus domínios decorreu de atos judiciais e para-judiciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, através da adoção do critério de interpretação dinâmica das normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Susana (2008) - *O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família*. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN 978-97232-1596-0 pp. 66-67.
- BADALOTTI, Mariangela (2010) - *Aspectos Bioéticos da Reprodução Assistida no Tratamento da Infertilidade Conjugal* [em linha]. Porto Alegre: AMRIGS, 2010. [Consul. 01 abr. 2020]. p. 479. Disponível em http://www.amrigs.com.br/revista/54-04/022-732_bioetica_aspectos.pdf.
- CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; HERRERA, Marisa; e LAMM, Eleonora (2012) - *L'Homoparentalité en Amérique Latine: Les Vents qui Soufflent du Sud. Homoparentalité? In Approche Comparative. Collection Colloques*, Volume 18. Paris: Société de Législation Comparée. ISBN 978-2-36517-010-9. pp. 167-168.
- CUNHA, Antônio Geraldo da (2010) - *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*. 4ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lexikon. ISBN 978-85-86368-63-9. p. 505.
- DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna (2017) - *Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida: Comentários à Resolução 2.121/2015 CFM*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico. ISBN 978-85-9524-024-7. pp. 90-91.
- DEPADT-SEBAG, Valérie (2012) - *Direito e Bioética*. Trad. Sandra Campos. Lisboa: Edições Piaget. Título Original: *Droit et Bioéthique*. ISBN 978-989-759-009-2. p. 105.
- DIAS, Augusto Silva (2016) - *Crimes Culturalmente Motivados: O Direito Penal ante a 'Estranha Multiplicidade' das Sociedades Contemporâneas*. Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-6792-6. p. 102.
- DIAS, Maria Berenice (2016) - *Homoafetividade e Direitos LGBTI*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISBN 978-85-203-7027-8. p. 193.

strict. Le manquement de consensus (suspçonné) à propos du plein respect des droits des minorités sexuelles n'est peut-être pas un argument valable pour nier ou restreindre leurs droits ou pour perpétuer et reproduire la discrimination historique et structurelle soufferte par ces minorités. Quelle relation y a-t-il entre l'affirmation que l'orientation sexuelle est une catégorie de discrimination interdite et la méfiance ou la présomption de mauvaise foi relative aux homosexuelles? La question est très importante: il y a deux conséquences au scrutin strict: (a) l'éventuel restriction d'un droit exige une motivation rigoureuse; (b) la preuve doit être fournie par celui qui demande la restriction; dans ce cas, par celui qui déclare «rester avec une maman lesbienne est contre l'intérêt de l'enfant». Par contre, comme on l'a déjà dit, toute la procédure s'est développée à partir du principe opposé; la mère a du prouver qu'elle était une personne apte. La CIDH souligne cette grave erreur à propos de la charge de la preuve". Tradução livre: "Se a orientação sexual é uma categoria suspeita, a análise de um caso com base nessa variável requer a aplicação de escrutínio estrito. A falta de consenso (suspeito) sobre o pleno respeito dos direitos das minorias sexuais pode não ser um argumento válido para negar ou restringir seus direitos ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural sofrida por essas minorias. Qual é a relação entre a afirmação de que a orientação sexual é uma categoria proibida de discriminação e a desconfiança ou presunção de má-fé relacionada aos homossexuais? A questão é muito importante: há duas consequências para o escrutínio estrito: (a) a possível restrição do direito requer uma motivação rigorosa; (b) a prova deve ser fornecida pela pessoa que solicita a restrição; nesse caso, por aquele que declara «ficar com uma mãe lésbica é contra o interesse da criança». Por outro lado, como já foi dito, todo o procedimento se desenvolveu a partir do princípio oposto; a mãe teve que provar que era uma pessoa adequada. A CIDH enfatiza esse grave erro sobre o ônus da prova".

FACHIN, Melina Girardi; e PIOVESAN, Flávia. In FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira; e PIOVESAN, Flávia. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.30. ISBN 978-85-309-8695-7.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen (2016) – In SIDEKUM, Antonio; WOLKMER, Antonio Carlos; e RADAELLI, Samuel Manica (org.). *Enciclopédia Latino-Americana dos Direitos Humanos*. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia. p. 120. ISBN 978-85-89379-96-0. p. 120.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (2014) - *Une Famille à as Main. La Famille en Mutation*. Tomo 57. Paris: Éditions Dalloz. ISBN 978-2-247-13678-0. pp. 261-262.

GELDEREN, L. Van Rijn-van; BOS, H. W. M.; JORGENSEN, T. D.; ELLIS-DAVIES, K.; WINSTANLEY, A.; GOLOMBOK, S.; RUBIO, B.; GROSS, M.; VECHO, O.; LAMB, M. E. (2018) - *Wellbeing of Gay Fathers with Children Born Through Surrogacy: A Comparison with Lesbian-Mother Families and Heterosexual IVF Parent Families. Human Reproduction*. Vol. 33. 1:1. pp. 101-108. [em linha] julho de 2018. [Consul. 13 abr. 2020] Disponível em <https://doi.org/10.1093/humrep/dex339>.

GOLOMBOK, Susan; ZADEH, Sophie; IMRIE, Susan; SMITH, Vanessa; e FREEMAN, Tabitha (2016) - Single Mothers by Choice: Mother-Child Relationships and Children's Psychological Adjustment. *Journal of Family Psychology*. 30(4): 409–418. [em linha] 2016 junho. [Consul. 10 jan. 2020] doi: 10.1037/fam0000188. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4886836/>.

GROSS, Jacson (2017) - *A Construção da Cidadania e a Sexualidade: Uma Análise de Casos de Adoção Homoparental Masculina*. Florianópolis, SC: Empório do Direito. ISBN 978-85-9477-069-1. pp. 46-48.

HAAB, Tuiskon Bejarano (2018) - *Filiação e Reprodução Humana Artificial: À Luz da Constituição e das Leis Cíveis*. Curitiba: Juruá. ISBN 978-85-362-7976-3. pp. 48-49.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira (2018) - *Curso de Direitos Humanos*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. ISBN 978-85-309-8023-8. pp. 383-384.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. In FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira; e PIOVESAN, Flávia. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.18. ISBN 978-85-309-8695-7.

MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo (2017) - Homoparentalidade: Dupla Maternidade/Paternidade e a Teoria do Reconhecimento a Partir do Provimento 52 do Conselho Nacional de Justiça. In DIAS, Maria Berenice, coord. *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISBN 9788520371121. pp. 185-186.

MUTCHERSON, Kimberly M. (2014) - Procreative Pluralism. *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, Vol. 30, No. 22, 2015. [em linha] 21.06.2014 [Consul. 12 jan. 2020] Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2621223>. p. 22.

PATTERSON, Charlotte J (2006) - *Children's of Lesbian and Gay Parents. Current Directions in Psychological Science*. Vol. 15. N. 5. [em linha] 2006 [Consul. 23 mar. 2020] Disponível em <http://web.missouri.edu/~seger-ti/2210/gayparents.pdf>.

PEREIRA, Margarida Silva (2013) - *Direito da Família: Elementos de Estudo*. Lisboa: AAFDL. p. 22.

ROSA, Letícia Carla Batista; CARDIN, Valéria Silva Galdino (2017) - *Homoparentalidade na Reprodução Assistida*. Curitiba: Editora Prismas. ISBN 978-85-5507-448-6. p. 185.

ROSS, Derek B. M.; MIX-ROSS, Sarah E. (2019) - *Canadian Pluralism and The Charter: Moral Diversity in a Free and Democratic Society*. Toronto: Lexis Nexis Canada. ISBN 9780433502470. p.60.

SILVA, Paula Martinho da (1997) - *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada*. Lisboa: Cosmos. ISBN 972-762-050-7. p. 72.

SILVA, Susana (2014) – *Procriação Medicamente Assistida: Práticas e Desafios*. Lisboa: ICS - Imprensa de Ciências Sociais. ISBN 978-972-671-326-5. pp. 45-47.

WOLKMER, Antonio Carlos (2015) - *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. 4ª

Edição. São Paulo: Saraiva. p. 253. ISBN 978-85-02-22835-1. p. 253.

ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando; ADAMSON, G.D.; MOUZON, J. de; ISHIHARA, O.; MANSOUR, R.; NYGREN, K.; SULLIVAN, E.; VAN DER POEL, S. (2009) - The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009. *Human Reproduction*. [em linha] Vol. 24, N. 11, pp. 2683-2687. Oxford University Press. [Consul. 01 abr. 2020]. Disponível em http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology.pdf. pp. 2683-2687.

ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando; ADAMSON, G. David; DYER, Silke; RACOWSKY, Catherine; MOUZON, Jacques de; SOKOL, Rebecca; RIENZI, Laura; SUNDE, Arne; SCHMIDT, Lone; COOKE, Ian D.; SIMPSON, Joe Leigh; VAN DER POEL, Sheryl (2017) - *The International Glossary on Infertility and Fertility Care 2017. Fertility and Sterility*. [em linha] Vol. 108, n. 3, setembro 2017. [Consul. 01 mai. 2020]. p. 402. Disponível em [https://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(17\)30429-6/pdf](https://www.fertstert.org/article/S0015-0282(17)30429-6/pdf). p. 402.

13.

A LOUCURA E O CRIME: CRÍTICA AOS MANICÔMIOS JUDICIÁRIOS EM FACE DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A EFETIVIDADE DO PROGRAMA DE ATENÇÃO INTEGRAL AO LOUCO INFRATOR

Lina Martins Rezende

Marcela Silva Ribeiro

Danilo Marques Borges

Estefânia Naiara da Silva Lino

RESUMO: A partir da história dos manicômios judiciários no Brasil e o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI) instituído no Estado de Goiás, buscamos analisar a essência e o objetivo de cada um desses dois sistemas em relação a aplicação da medida de segurança e tratamento psicossocial dos indivíduos absolvidos de seus crimes por ser considerados inimputáveis e semi-imputáveis e como o PAILI funciona, de modo a garantir os direitos fundamentais dos pacientes, conforme a Constituição Federal, a Lei Antimanicomial e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Desta forma, o presente trabalho busca a resposta para a seguinte problemática: A partir da experiência brasileira e mundial acerca dos manicômios judiciários e da Luta Antimanicomial que se instaurou, é necessário que se exponha as crises e barbáries que diversas pessoas se submeteram em face do tratamento desumano oferecido pelos manicômios. Por conseguinte, é necessário entender o comportamento legislativo e a posição da CADH no âmbito da saúde mental, analisando ainda o caso notório de Damião Ximenes e como se inserem dentro da Reforma Psiquiátrica e da Luta Antimanicomial, apresentando a análise jurídica da Lei nº. 10.216/2001. Além disso, entender como funciona o PAILI e demonstrar a efetividade desse modelo de tratamento, sendo a base fundamental para a proteção dos direitos humanos e reinserção social do louco infrator.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Psiquiátrica. Direitos Humanos. Paili. Convenção Americana de Direitos Humanos. Saúde Mental.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. História e realidade: a problemática dos manicômios judiciários brasileiros; 3. Lei antimanicomial nº. 10.216/2001 e a convenção americana de direitos humanos: entre violações e condenações; 4. Introdução ao PAILI: método alternativo de tratamento ao louco infrator e proteção dos direitos fundamentais conforme a lei antimanicomial nº. 10.216/2001; 5. Relatórios atuais sobre a situação dos hospitais psiquiátricos brasileiros; 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Os manicômios judiciários foram durante muitos anos o principal centro para o tratamento de deficientes mentais, inimputáveis, semi-imputáveis, transtornos psicológicos de todo o gênero, além dos loucos infratores. Despidos de vários princípios e

direitos, a história em torno dos manicômios traz grandes revelações acerca da ausência de estrutura estatal em relação aos doentes mentais, uma ineficiência em entender seus transtornos e buscar um tratamento efetivo e evitar o abandono social e familiar. A partir de várias indagações, história, produções e processos judiciais, este trabalho busca apresentar o abismo que há entre o tratamento da saúde mental no Brasil no decorrer dos anos e o ordenamento jurídico e internacional dos doentes mentais e seus aspectos democráticos e fundamentais.

Logo, a partir da comparação entre os manicômios judiciários e o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI) instituído no Estado de Goiás o qual possui especial importância em apresentar um novo método de tratamento e auxílio aos inimputáveis que cometem delitos e são postos em medida de segurança, é necessário que se analise a essência e o objetivo de cada um desses dois sistemas e do tratamento psicossocial dos indivíduos considerados inimputáveis e semi-imputáveis, de modo a garantir os direitos fundamentais dos pacientes, conforme a Constituição Federal, a Lei Antimanicomial e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), esta que se apresenta como o marco primordial de proteção do indivíduo em todas as vertentes sociais.

Desta forma, o presente trabalho busca a resposta para a seguinte problemática: A partir da experiência brasileira acerca dos manicômios judiciários e da Luta Antimanicomial que se instaurou, é necessário que se exponha as crises e barbáries que diversas pessoas se submeteram em face do tratamento desumano oferecido pelos manicômios. Por conseguinte, é necessário entender o comportamento legislativo brasileiro e da CADH no âmbito da saúde mental, analisando ainda o caso notório de Damião Ximenes e como se inserem dentro da Reforma Psiquiátrica e da Luta Antimanicomial, como um fato concreto que ganhou notoriedade e alcançou o tribunal internacional de proteção dos direitos humanos diante das barbáries que o sistema manicomial se limitou durante muitos anos. Além disso, vamos analisar a efetividade do PAILI e como este modelo de tratamento se tornou a base fundamental para a proteção dos direitos humanos, a reinserção social do louco infrator em conformidade com a lei e a Constituição e um novo método de aplicação da medida de segurança.

É imprescindível e necessário que se faça uma análise atualizada conforme dois relatórios elaborados em conjunto com o Conselho Federal de Psicologia, Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, Conselho Nacional do Ministério Público e o Ministério Público do Trabalho sobre a atualização do Relatório de Inspeção Nacional dos Hospitais Psiquiátricos publicado em março deste ano e que investigou a situação de vários centros de tratamento de saúde mental no Brasil, o qual é importante sua análise em face dos fatos apresentados na historicidade brasileira e o caso do Damião e a atualidade, analisando de forma pormenorizada as informações trazidas especificamente no Estado goiano. E também, analisaremos o relatório realizado pela

Pastoral Carcerária, instituição esta que é notável sua participação nas discussões sobre instituições totalitárias, intitulada em Hospitais-Prisão: Notas sobre os Manicômios Judiciários em São Paulo, publicado em agosto de 2018 e que também nos possibilita uma atualização sobre o assunto e que demonstra que há ainda algumas instituições imbuídas e comprometidas com o debate da saúde mental.

Ademais, a hipótese é demonstrar a estrutura dos manicômios judiciários brasileiros e as problemáticas que sinalizam em relação a sua estrutura e a manutenção dos pacientes em face da Lei Antimanicomial e como os manicômios representam um método herético e arcaico de tratamento aos loucos infratores e deficientes mentais. Uma vez que os manicômios judiciários se tornaram grandes centros de segregação dos indivíduos, sem o devido tratamento de modo efetivo para a reabilitação dos pacientes de acordo com as pesquisas demonstradas. Por fim, a Reforma Psiquiátrica Brasileira e a Lei Antimanicomial demonstrarão o ponto primordial que se tornou a falência dos manicômios e como este se tornaram, ao longo dos anos, o depósito dos rejeitados.

2. HISTÓRIA E REALIDADE: A PROBLEMÁTICA DOS MANICÔMIOS JUDICIÁRIOS BRASILEIROS

Quando se trata de saúde, mais especificamente a saúde mental em hospitais psiquiátricos, imagina-se que todos os hospitais psiquiátricos – ou boa parte deles – sejam capazes de ofertar atendimento médico, psiquiátrico, assistência social, familiar dentre outras assistências básicas para o tratamento e acompanhamento do indivíduo especial. Em contrapartida, passamos a exposição dos fatos que se perpetuaram ao longo de décadas, corroborando desde a história inicial dos manicômios, os casos notórios e a instituição dos hospitais psiquiátricos, os quais foram repletos de negligências, atrasos e omissões quanto aos cuidados e a legislação, porém, mantendo ativo a vontade em tirar pessoas que necessitam de tratamento do convívio social.

Em 1842, na cidade do Rio de Janeiro se construía o que vinha a ser o primeiro hospital psiquiátrico brasileiro. O Hospício Pedro II por muitos anos ficou encarregado de custodiar doentes mentais e submetê-los a tratamento durante tempo indeterminado (BRASIL, 2020, p. 24). Há relatos de que os loucos eram submetidos a um tratamento precário, tendo em vista a ausência de administração por parte dos gestores do hospício, além disso, o mesmo exercia suas atividades com base em doações, o que gerava uma atuação incerta. No mais, o hospício não conseguia gerenciar a superlotação e tampouco arcar com as despesas de médicos, enfermeiros e profissionais encarregados dos cuidados gerais. A situação em hospícios permaneceu dentro dessa ideia até a vigência do Código Civil de 1916, que trouxe a figura do louco como um ser incapaz de exercer atos civis, passando-o assim, a um novo enquadramento jurídico e consequentemente, a um tratamento médico diferenciado (BRASIL, 1916), *in verbis*:

Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: [...] II. o louco de todo o gênero. [...] Art. 457. Os loucos, sempre que parecer inconveniente conserva os em casa, ou o exigir o seu tratamento, serão também recolhidos em estabelecimento adequado.

No entanto, as melhorias não foram significativas quanto ao acolhimento e ao tratamento dispensado aos loucos, visto que, caso o curador do louco optasse pela sua internação, este era destinado a local “adequado” para permanecer enquanto fosse conveniente. Nota-se que, a família ou responsável pelo louco, poderia optar pela não convivência familiar, o que deixava nítido que o louco não era bem vindo no contexto jurídico, familiar e nem social.

A proteção dos direitos humanos em relação aqueles que se encontram em estado de incapacidade, resultando em inimputabilidade ou semi-imputabilidade, sempre se mostrou, no decorrer dos anos e atualmente, uma situação problemática tanto para a família, quanto para o Estado, sem estrutura específica para buscar a efetividade de seus direitos e garantias, além da busca pela cura ou controle de suas deficiências e limitações. A história da loucura no Brasil, é cercada por histórias de horror e tortura o que culminou em grandes movimentos de Reforma Psiquiátrica no Brasil ainda nos anos 80 (ARBEX, 2013), como o Movimento de Trabalhadores em Saúde Mental em 1987, ocorrendo o “II Congresso Nacional de Trabalhadores de Saúde Mental”. O movimento apresentou como objetivos principais a exposição da violência sofrida pelos loucos infratores exigindo a extinção dos hospitais psiquiátricos e a reestruturação da atenção em saúde mental (LAPS, 1987), a fim de iniciar as discussões sobre meios diferentes de tratamento aos chamados loucos infratores, diverso da estrutura complexa e institucionalizada dos manicômios judiciários e, tentando buscar humanizar todo o sistema jurídico e psiquiátrico.

A luta da reforma, ao analisarmos a história, buscava primordialmente comprovar que o sistema manicomial estava maculado por uma estrutura inepta e cruel, e que não mais se adequava como um meio de tratar aqueles que, uma vez absolvidos do crime cometido e se viam sob medida de segurança conforme determina o art. 26, do Código Penal (CP), em que não haverá aplicação de pena se no momento da ação delituosa, o autor não possuir faculdades mentais que o faça entender suas ações, sendo acometido por doença ou retardo mental (BRASIL, 1940). Desta forma, uma vez que eram réus na persecução penal, após a submissão em medida de segurança por absolvição imprópria, passam a ser considerados pacientes, devendo ter garantias mínimas de cuidados e atenção psiquiátrica adequada, como expõe Caetano (2013, p. 262-263):

Conheci loucos, presos indevidamente em nossas penitenciárias. Pessoas absolvidas – sim, absolvidas! – pela justiça criminal que, a pretexto de certa periculosidade (conceito que depois percebi absolutamente equivocado enquanto justificativa para a segregação de pessoas), eram simplesmente jogadas no Cepaigo [Centro Penitenciário de Atividades Industriais do Estado de Goiás], para serem tratadas!

Por força da Reforma Psiquiátrica que atingiu seu ápice com a sanção da Lei Antimanicomial nº. 10.2016/01, vários aspectos foram totalmente reformulados, atingindo vários âmbitos do estudo jurídico e da saúde mental, mesmo que inicialmente tenha se evidenciado preferencialmente pelo ordenamento jurídico e as mudanças reais na prática ainda são conquistas a serem alcançadas nos dias atuais, pois o foco primordial da lei é o fim dos manicômios judiciários.

Além disso, os debates da reforma sobre saúde mental culminaram por pacificar a intensa interdisciplinaridade com o Direito e a Medicina e buscaram se alinhar a partir da reforma em prol de apresentar um sistema que não mais representasse retrocesso e abolir de vez a estrutura manicomial como meio de “tratamento” da saúde mental e equilibrar a ideia de que a Medicina e o Direito precisavam caminhar juntos, sendo a perícia o principal meio de prova dentro do processo penal a fim de comprovar e demonstrar a incapacidade do indivíduo e concretizar o convencimento judicial por meio de uma técnica científica e de um profissional qualificado, algo que era quase impossível de conciliar há dois séculos atrás, a partir da exposição histórica de Cunha e Boarini (2016, p. 445):

A loucura assume a conotação de causadora de desordem, e a perícia deve comprovar a existência de alienação mental para justificar a internação no Hospício Nacional de Alienados [primeiro hospital para loucos infratores inaugurado em 1852 no Brasil]. A polícia adquire uma função importante nesse processo, responsável por recolher os loucos para manter a ordem nas ruas. O serviço médico-legal nasce como parte da Secretaria Policial por essa importante vinculação estabelecida entre a psiquiatria e a ordem.

A luta pelo fim dos manicômios judiciários sempre foi alardeada por altos muros de concreto e histórias de abandono e tortura. Por mais que existisse a fundamentação legal prevendo a estrutura do hospital psiquiátrico no art. 96, do CP, e na prática se transforma na estrutura manicomial, foi a espécie de tratamento pacificado por muitos anos pela sociedade e pelo ordenamento jurídico, legitimado pelo Estado. No entanto, os anos de debates e pesquisas juntamente a realidade dramática dos hospitais, comprovaram a ineficiência abrupta a qual os manicômios judiciários brasileiros, tão quanto os presídios e suas mazelas, se submeteram, ambos sistemas eminentemente falidos, caracterizados como uma instituição totalitária, como explica Goffman (1974, p. 16).

Quando resenhamos as diferentes instituições de nossa sociedade ocidental, verificamos que algumas são muito mais “fechadas” do que outras. Seu “fechamento” ou seu caráter total é simbolizado pela barreira à relação social com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico - por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fossos, água, florestas ou pântanos. A tais estabelecimentos dou o nome de *instituições totais* [...]. (grifo do autor).

Aponta Azevedo e Souza (2017), que os manicômios representam em sua essência, uma forma de excluir todos aqueles que de alguma forma, não seguem ou não

se encaixam nos padrões de normalidade social ou, em piores casos, se encontram em situação de extrema vulnerabilidade e negligenciados pela família, enquanto que a própria legislação atual se utiliza como base a própria Lei Antimanicomial, mas indicando uma continuidade do tratamento asilar⁵⁰⁶.

Relacionando-se diretamente com o perfil dos pacientes que, inicialmente, eram “tratados” nos manicômios⁵⁰⁷, mas que eram vítimas de rejeição por parte dos familiares ou sofriam preconceito por parte da sociedade⁵⁰⁸, esses inúmeros casos descrevem, ao repassarmos a história dos manicômios judiciais no Brasil, a polêmica situação do Hospital Colônia de Barbacena em Minas Gerais. “Sessenta mil pessoas perderam a vida no Colônia. As cinco décadas mais dramáticas do país fazem parte do período em que a loucura dos chamados normais dizimou”, relata a jornalista e pesquisadora Daniela Arbex (2013, p. 24) ao descrever a intensa violação de direitos humanos que se seguiu por décadas e que afetaram milhares de pessoas com o tratamento desumano oferecido pelo manicômio de Barbacena e se tornou um símbolo da luta antimanicomial.

Desta forma, as pessoas que eram enviadas aos manicômios eram comumente prostitutas, bêbados, mendigos, pródigos, ébrios, dependentes químicos, pessoas com doenças mentais as quais a família não sabia lidar, desconhecia o tratamento ou tinha medo de seu comportamento, pessoas com depressão e os mais variados transtornos comportamentais os quais não se compreendia e encontravam nos manicômios os meios de tratamento para essas desconhecidas patologias, transitando entre os ideais eugenistas e higienistas sociais, como expõe Arbex, (2013, p. 23-24):

Por isso, o Colônia tornou-se destino de desafetos, homossexuais, militantes políticos, mães solteiras, alcoolistas, mendigos, negros, pobres, pessoas sem documentos e todos os tipos de indesejados, inclusive os chamados insanos. A teoria eugenista, que sustentava a ideia de limpeza social, fortalecia o hospital e justificava seus abusos. Livrar a sociedade da escória, desfazendo-se dela, de preferência em local que a vista não pudesse alcançar.

Os relatos acerca das tantas violações no Hospital de Barbacena é um exemplo a qual deve-se carregar como fator primordial da luta pelo fim dos manicômios, principalmente pela ausência de fiscalização estatal e estrutura em determinar o tipo de tratamento que deveria ser utilizado aos pacientes. Além disso, o uso indiscriminado

506 Apontam de forma direta, a incoerência entre a ideia de Reforma Psiquiátrica, correlacionada com a Luta Antimanicomial, como justificativa para que a base do tratamento da saúde mental e assim, possuisse um fundamento fora dos estudos baseados no higienismo social e o da exclusão.

507 Relato de um sobrevivente do Hospital Colônia de Barbacena em Minas Gerais, considerado como o “Holocausto Brasileiro”, assim intitulado em obra literária publicada por Daniela Arbex em 2013: “Foi a última vez que Luiz Pereira de Melo, hoje com setenta e oito anos, viu a mãe. Tratado como propriedade do Estado, o menino hospitalizado apenas por ser tímido se separou da família sem diagnóstico de loucura, embora não tenha sido difícil arranjar uma doença para ele. Qualquer moléstia mental serviria, afinal, o rapaz era filho da pobreza como a maioria dos depositados nos manicômios do Estado”. (ARBEX, 2013, p. 115-116).

508 Amarante (1995) expõe que na época clássica, a internação psiquiátrica possuía outro objetivo e de nada havia vinculado a alguma doença, transtorno ou patologia propriamente dito e sim, uma função de hospedar aqueles que não se enquadravam de alguma forma na sociedade comum e elitista, envolvendo hospitais de modo geral e as casas de misericórdia.

eletroconvulsoterapia, mais conhecido como eletrochoque, foi uma prática utilizada sem medida no hospital e que muitos pacientes morreram pelo seu uso totalmente indevido⁵⁰⁹, usados para controlar e intimidar os pacientes, como esclarece Arbex (2013, p. 31): “Funcionário aposentado do hospital (...) admite que o tratamento de choque e o uso de medicações nem sempre tinham finalidades terapêuticas, mas de contenção e intimidação⁵¹⁰”.

A medida de segurança em nosso sistema legislativo demonstra falhas, não somente estruturais no decorrer dos anos como demonstrado, se tornando um sistema complexo e amplamente abandonado, antro de violação de direitos e garantias, mas principalmente por falhas processuais, periciais, o correto lapso temporal da medida de segurança e finalmente, a reabilitação e reinserção social desses indivíduos, respeitando os preceitos constitucionais de que não haverá pena perpétua, tampouco em face da medida de segurança que não possui caráter punitivo. Situações estas que serão abordadas no próximo capítulo e que demonstrarão na realidade como as negligências em relação à saúde mental poderão significar um colapso social e com grandes consequências internacionais.

3. LEI ANTIMANICOMIAL Nº. 10.216/2001 E A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ENTRE VIOLAÇÕES E CONDENAÇÕES

A Lei Antimanicomial foi o grande resultado de anos de estudos e divergência na saúde mental a partir da Reforma Psiquiátrica Brasileira, instituindo grandes avanços para a humanização e proteção dos direitos da pessoa humana, além de ter por finalidade evitar que houvesse uma continuidade do tratamento desumano oferecido pelos manicômios judiciários e legitimar o seu fim como método de aplicação da medida de segurança.

As violações de direitos humanos eram próprias do sistema manicomial no passado e a partir de estudos realizados nesta seara, revelaram casos ilógicos de pacientes que não deveriam estar internados em hospitais psiquiátricos e que, conforme a Lei Antimanicomial, já deveriam ter recebido alta e serem recolocados no seio familiar ou para outros tipos de tratamentos, seja ambulatorial ou acompanhamento pela rede de

509 As discussões acerca do uso da eletroconvulsoterapia são complexas até mesmo nos dias de hoje na Medicina, dividindo a opinião científica da real eficácia desse tipo de tratamento para solucionar doenças e transtornos mentais. Principalmente em face da Nota Técnica 11/2019 publicada pelo Ministério da Saúde que permitiu o seu uso e seu financiamentos como abordagem terapêutica. Essa discussão deve ser primordialmente no âmbito médico e suas diversas áreas, pois seu uso indiscriminado e sem fiscalização poderá se tornar um meio de tortura e clandestinidade nos centros psiquiátricos.

510 Os relatos da produção literária realizado por Arbex destaca de forma clara e forte, como alguns pacientes viviam situação de verdadeira tortura com os eletrochoques realizados no hospital, presenciando até mesmo a morte de muitos pacientes. Convulsões, hematomas, vômitos, fezes, urina, foram situações corriqueiras quando do uso indiscriminado do Hospital de Barbacena. Os pacientes relataram também que houveram momentos em que eles mesmos se tornavam os algozes de seus colegas pacientes e auxiliavam os funcionários da saúde no uso da eletroconvulsoterapia em outros pacientes.

atenção psiquiátrica. As crises problemáticas da saúde mental dentro do sistema manicomial revelam um compilado de erros, violações e desobediência à lei e que chegaram em níveis alarmantes como os enfrentados em Barbacena, tudo em volta de uma negligência e ausência de estrutura por parte do Estado. É o que aponta o censo realizado por Diniz (2013, p. 16), que expõe diversas falhas no sistema penal-psiquiátrico:

Tão significativos quanto a desconstrução do estigma de que a loucura seria violenta por uma expressão essencial do indivíduo são os dados que mostram a estrutura inercial do modelo penal-psiquiátrico do asilamento. Pelo menos 741 indivíduos não deveriam estar em restrição de liberdade, seja porque o laudo atesta a cessação de periculosidade, seja porque a sentença judicial determina a desinternação, porque estão internados sem processo judicial ou porque a medida de segurança está extinta. Isso significa que um em cada quatro indivíduos internados não deveria estar nos estabelecimentos de custódia.

De acordo com as pesquisas realizadas por Diniz, havia a época da pesquisa, um número muito alto de pessoas internadas e que não tiveram o devido processo legal para a determinação da medida de segurança de internação em hospital psiquiátrico ou ainda, que estavam com o laudo de cessação de periculosidade desatualizados como determina o art. 96, § 1º, do CP⁵¹¹, uma vez que, muito embora a medida de segurança não possua tempo determinado explicitamente, esta deverá respeitar os limites previstos da pena em abstrato do delito correspondente ou conforme os resultados do laudo pericial ou do exame de periculosidade que devem ser feitos periodicamente, como explica Diniz (2013, p. 14): “Acredito que o direito a estar no mundo é um direito humano, e o mais diretamente violado pelo regime de asilamento compulsório e pelo tempo indeterminado imposto pela medida de segurança no Brasil”.

Além disso, há discussões acerca da validade do exame de periculosidade – exame este que é imprescindível conforme a legislação pátria em atestar a possibilidade e capacidade psíquica do paciente em retornar para o seio social, adotando métodos de tratamento fora dos moldes asilares – no que diz respeito a averiguação do estado psíquico do louco infrator e desta forma, seria apropriado a realização de novos estudos e avaliações para determinar características e a real efetividade deste tipo de exame, sendo necessária uma reformulação de sua classificação, uma vez que o termo periculosidade possui características subjetivas e abstratas, explicitado por Diniz (2013, p. 15):

Não há evidências científicas na literatura internacional que sustentem a periculosidade de um indivíduo como uma condição vinculada à classificação psiquiátrica para o sofrimento mental. Periculosidade é um dispositivo de poder e de controle dos indivíduos, um conceito em permanente disputa entre os saberes penais e psiquiátricos.

Já no tocante ao perfil dos pacientes, este passou a ser classificado conforme os atos processuais e conclusões técnico-científicas alcançadas no processo, podendo tam-

511 § 1º. A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (BRASIL, 1940).

bém ser distintos conforme o estado específico de suas doenças e transtornos mentais que indica exatamente como a população inimputável e semi-imputável é determinada de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico e a psiquiatria – especificando um rol exaustivo de doenças e transtornos os quais poderão ser classificados e conforme a situação processual, resultados da perícia e outros –, mas ainda assim, sofrem com ausência de estrutura adequada, como explica Diniz (2013, p. 14):

Além dos esquecidos anônimos, há uma diversidade de subgrupos nos estabelecimentos. Eles podem ser descritos pela classificação processual-penal: como indivíduos internados para cumprimento de medida de segurança, indivíduos internados para laudo pericial, indivíduos internados transferidos de presídios, indivíduos internados em situação temporária, indivíduos internados por conversão de pena. Ou podem ser identificados pela classificação psiquiátrica que fundamenta o caráter de inimputabilidade pelos atos infracionais: indivíduos com epilepsia, esquizofrenia, retardo mental, transtornos afetivos uni ou bipolares, transtornos de personalidade, transtornos da preferência sexual, transtornos mentais devidos ao uso de álcool e outras drogas e transtornos mentais orgânicos, além daqueles sem classificação. Entre a lei e a psiquiatria é que os indivíduos transitam: são internados, vão e voltam, recebem alta ou desaparecem.

Contudo, os ideais reformistas da saúde mental se pautaram especificamente em alicerces humanistas de modo a solidificar a importância da manutenção dos direitos humanos e as garantias mínimas de dignidade. Assim, o tratamento humanitário da saúde mental passou a ganhar força a partir da criação dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), diretamente vinculados ao SUS e também com o Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI) instituído em Goiás e que se tornou um marco histórico de modernização e humanização, trazendo esses pacientes no seio social ao invés dos meios isoladores da instituição ultrapassada dos manicômios, como ressalta Cunha e Boarini (2016, p. 451):

[...] Crime não é mais compreendido enquanto sinônimo de loucura; a certeza da predição do futuro não cabe à ciência, especialmente no que tange ao ser humano; a raça não determina características psíquicas ou as ações dos indivíduos; o isolamento não representa mais a forma mais avançada de tratamento e atenção à loucura, pelo contrário. Nos dias de hoje, as políticas públicas de atenção à saúde mental, criminosa ou não, na letra da lei, devem ser pautadas no atendimento psicossocial, levado a efeito na rede substitutiva.

Toda essa problemática envolta dos manicômios judiciais retrata uma situação decadente de proteção dos direitos humanos e garantias constitucionais que carece de uma fundamentação maior no ordenamento jurídico brasileiro e de respeito à Lei Antimanicomial e que pode resultar em processos nos órgãos internacionais estabelecidos para a proteção desses direitos para a manutenção da vida e da dignidade da pessoa humana. A partir disso, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil pelo Decreto nº. 678 em 06 de

novembro de 1992, se tornou o ponto primordial de garantia dos direitos humanos e efetividade da democracia ao alcance de todos, positivando diversos direitos que se tornaram a base de toda constituição seguindo os princípios do garantismo, na democracia e proteção do indivíduo e assim, expõe Peterke (2009, p. 73-74) sobre a origem e essência da CADH:

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) foi aprovada em 1969 e entrou em vigor em 1978. O Brasil faz parte dela desde 1992. Ela é fortemente modelada pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, principalmente em termos institucionais. Com seus 82 artigos, é a convenção para a proteção de direitos humanos mais abrangente e garante, entre outros, o direito à vida, à integridade social, à liberdade da pessoa, ao processo judicial justo, à privacidade, a um nome, à nacionalidade, à participação em tomada de decisão estatal, à igualdade e à proteção legal. Em adição, aboliu a escravidão e garantiu a liberdade de consciência, de religião, de pensamentos e de expressão, bem como a liberdade de associação, de circulação e livre escolha de residência. Finalmente, codificou a não retroatividade de leis penais e sanções.

A natureza da democracia e sua eficácia no mundo moderno se faz presente a partir deste postulado jurídico que abrange não somente a um Estado-Nação, mas, capaz de abranger os povos como um todo em seus mais diferentes territórios, a fim de que os direitos do mínimo existencial pode alcançá-los (PETERKE, 2009). Muito embora a CADH não tenha explícito em seus artigos a proteção específica sobre a saúde mental, deficientes mentais, determinações sobre a situação complexa do tratamento mental e a sua posição sobre os manicômios, sua correlação não é de difícil encaixe uma vez que, a convenção protege os direitos humanos e em caso de violação, pode ser aplicada em prol da proteção dos loucos infratores de modo geral, uma vez que, seu objetivo maior é a proteção do indivíduo tal como é, em seus aspectos mais genuínos da vida humana.

Contudo, a CADH possui como parâmetro e apoio normativo a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, ratificado pelo Brasil pelo Decreto nº. 3.956, de 8 de outubro de 2001, também conhecida como Convenção de Guatemala, que apresenta em sua política a manutenção e proteção sobre todos os aspectos de saúde mental, atuando também de forma preventiva de quaisquer formas de discriminação aos deficientes, podendo ser por “restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social” (BRASIL, 2001).

Dentro desse contexto, o Estado Brasileiro sofreu consequências em relação a um caso específico que foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão pertencente à CADH, imbuído de processar e julgar casos que contrariam as

disposições de seu postulado e que representou, nesta ocasião, uma grande luta pela proteção dos deficientes mentais, a partir dos preceitos humanistas da CADH para que se chegasse a alguma conclusão próxima de justiça, pois o ordenamento jurídico brasileiro não foi efetivo o suficiente.

O caso de Damião Ximenes Lopes foi abafado pelas autoridades brasileiras ainda em seu inquérito policial. Vítima de maus tratos que resultou em sua morte inexplicável dentro de um manicômio judiciário – Casa de Repouso Guararapes em Sobral, no Estado do Ceará – no dia 04 de outubro de 1999 e que resultou para que o caso fosse denunciado à CIDH no dia 22 de outubro de 1999, encontrado pela sua mãe amarrado com as mãos para trás, com hematomas, em meio à sangue, fezes e urina, diante da morosidade processual em dar andamento à denúncia realizada pela irmã de Damião no dia de seu falecimento (BRAGA E SILVA, 2018).

Na carta-denúncia entregue às autoridades policiais, a irmã de Damião – principal protagonista na luta por justiça e que buscou os meios legais locais e internacionais para resolver o caso do irmão – conseguiu diversas informações e depoimentos de funcionários do hospital psiquiátrico acerca da situação precária do estabelecimento e ainda, relatos de diversas mortes que ocorria e conseqüentemente, acobertados, como relata Braga e Silva (2018, p. 61):

Segundo a carta-denúncia, esses depoimentos foram entregues ao delegado de polícia da cidade, mas quando a denunciante [irmã de Damião] solicitou consultar os documentos, posteriormente ela não os encontrou na delegacia e o delegado lhe disse que os tinha deixado em sua casa.

O caso emblemático rendeu anos de discussões na Corte, mas ainda assim, a condenação do Estado Brasileiro em relação ao caso teve uma resolução mais rápida e eficaz do que na justiça brasileira. A condenação sobreveio de forma unânime na Corte, não somente o Poder Executivo, mas os funcionários do hospital, o sistema de saúde como um todo e os demais envolvidos no caso que poderiam ter evitado a morte da vítima e que possuía essa responsabilidade. O algoz segundo a sentença da Corte IDH foi todo o Estado Brasileiro, tendo em vista a responsabilidade internacional por violação de direitos humanos em vigor no tribunal internacional, levando em conta o fato da Casa de Repouso Guararapes estar credenciada ao SUS, órgão do Governo Federal, quando da morte da vítima.

Cabe esclarecer que Damião, por conta de seus transtornos, se encontrava em extrema vulnerabilidade e necessitava não apenas de acompanhamento, mas de proteção, pois, muito embora Damião já tivesse sido internado em outras ocasiões, não poderia ser considerado louco infrator pois não cometeu delitos, tampouco doente mental, para justificar sua injustiça, mas, uma pessoa com deficiência mental vítima de maus tratos, agressão e tortura, como relata Braga e Silva (2013, p. 1271):

Considerado uma vítima de circunstâncias domésticas promovidas pelos seus parentes – a causa da doença – e de circunstâncias institucionais promovidas pelos profissionais de Guararapes – a causa da morte –, Damíão não podia ser rotulado como “perigoso”, algo relevante para a mobilização coletiva no âmbito da luta antimanicomial nacional que antecedeu o julgamento do caso na Corte IDH, quando a vítima foi apontada como “deficiente”, e não “doente”, vulnerável e necessitado de proteção mais do que um indivíduo com transtornos mentais precisando de tratamento.

A sentença na Corte IDH⁵¹² considerou que o Brasil violou os seguintes princípios determinados no art. 4º, direito a vida, art. 5º, a integridade pessoal, art. 8º, sobre as garantias judiciais e art. 25º, sobre proteção judicial. O caso se tornou um grande precedente em vários aspectos, por ter sido a sentença pioneira em caso de condenação do Estado Brasileiro por violação de direitos humanos e também, especificamente, por violação de direitos humanos de pessoas com transtorno mental internacionalmente (BRAGA E SILVA, 2013).

A fundamentação da sentença da Corte é pautada de forma resolutiva, sendo o principal conjunto normativo de proteção de direitos humanos por meio da legislação internacional. Damíão Ximenes sofreu com tratamento degradante, com intensa violação de sua integridade física e psíquica e sem receber o acompanhamento adequado, sem voz para exercer seu direito de defesa e por fim, resultou na ausência da proteção judicial a qual, sua família somente obteve quando levou o caso à CADH.

Em uma sentença inteligível e extensa a qual relata todos os atos realizados, desde a análise do caso e as medidas de recomendação ao Estado Brasileiro determinado pela Comissão em que houve displicências e consequente apresentação de contestação pelo Estado, até o recebimento da demanda pelo Tribunal Internacional, revelando um processo complexo, exigindo a análise de mérito (XIMENES LOPES C. BRASIL, 2006). Sobre a estrutura da Casa de Repouso Guararapes, a Corte reconheceu as péssimas estruturas oferecidas aos pacientes e a conduta criminosamente hostil e violenta que os funcionários do hospital possuíam, *in verbis*:

O Tribunal tem por estabelecido que na Casa de Repouso Guararapes existia um contexto de violência contra as pessoas ali internadas, que estavam sob a ameaça constante de serem agredidas diretamente pelos funcionários do hospital ou de que estes não impedissem as agressões entre os pacientes, uma vez que era freqüente [sic] que os funcionários não fossem capacitados para trabalhar com pessoas portadoras de deficiência mental. (XIMENES LOPES C. BRASIL, 2006, p. 49).

Muito embora a Corte na sentença proferida reconhece o caso como sendo o primeiro no âmbito de deficientes mentais analisados na CADH, o que leva à uma análise pormenorizada sobre os direitos humanos em face dessas pessoas e na responsabilidade estatal para com elas, como relata: “Os Estados têm o dever de assegurar atendimen-

512 *Ximenes Lopes c. Brasil*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 4 de julho de 2006, Série C No. 149.

to médico eficaz às pessoas portadoras de deficiência mental” (XIMENES LOPES C. BRASIL, 2006, p. 52), sendo um pressuposto básico para o alcance do sistema de saúde às pessoas com deficiência.

Contudo, sobre os artigos 4º e 5º da Convenção (direito a vida e a integridade pessoal, respectivamente), foram reconhecidos suas violações pelo Estado Brasileiro e que foram considerados uma atitude positiva pela Corte para o desmembramento do processo e a possibilidade de proteção dos direitos humanos de forma efetiva e assegurar a obrigação e garantia da não-repetição (XIMENES LOPES C. BRASIL, 2006) e desta forma, em termos gerais, a sentença concluiu, por unanimidade, dentre outras coisas que:

O Estado violou, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, tal como o reconheceu, os direitos à vida e à integridade pessoal consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado [...]. O Estado deve garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, nos termos dos parágrafos 245 a 248 da presente Sentença. (XIMENES LOPES C. BRASIL, 2006, p. 83-84, grifo nosso).

Em relação aos entendimentos jurisprudenciais sobre caso nas cortes superiores brasileiras, temos o recurso interposto pelo médico condenado por negligência pela morte de Damião, Francisco Ivo de Vasconcelos em sede de Agravo Regimental no Agravo do Recurso Especial (Acórdão STJ AgRg-AREsp-116.933) indeferido pelo Superior Tribunal de Justiça, suscitando o valor exorbitante arbitrado em danos morais, no valor de 150 mil reais, em favor da mãe de Damião, argumentando que a sentença condenatória não considerou a situação econômica dos réus e a diferença entre eles. O STJ manteve a condenação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, considerando a indenização adequada ao caso concreto.

Desta forma, antes mesmo de ser considerado como um caso de saúde mental, o caso de Damião foi crucial para a consolidação dos direitos humanos no Brasil, mas, sem dúvidas, trouxe reflexos para o campo da saúde mental e os importantes precedentes que este caso resultou para a reforma psiquiátrica e a luta antimanicomial. Ressalta-se que a ausência de artigo específico sobre a saúde mental na CADH não se tornou impedimento para a análise do caso, uma vez que, a essência das garantias as quais os indivíduos buscam, independentemente de seu estado psíquico ou social – ou qualquer outra diferença intrínseca à vítima não expressa no tratado –, é aplicável pois é pautado pelos direitos humanos, inerente à todos os indivíduos e, neste caso, se tornou a justiça para Damião.

4. INTRODUÇÃO AO PAILI: MÉTODO ALTERNATIVO DE TRATAMENTO AO LOUCO INFRATOR E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONFORME A LEI ANTIMANICOMIAL Nº. 10.216/2001

O Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI) foi desenvolvido pelo Promotor de Justiça do Estado de Goiás, Haroldo Caetano e instituído através da Resolução nº. 05 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária em 04 de maio de 2004. Após a Lei da Reforma Psiquiátrica, o Promotor de Justiça, preocupado em garantir a aplicabilidade prática da nova lei de saúde mental, percebeu a necessidade de trazer à tona uma discussão de sua autoria sobre a execução das medidas de segurança em Goiás, iniciada em meados 1996 e que perdura atualmente.

Desde a sua criação até os dias atuais, o PAILI é usado como um facilitador entre os loucos infratores, Juízes, Promotores de Justiça, Defensoria Pública, sistema penitenciário e o CAPS, visto que, desburocratiza o processo judicial sem infringi-lo, possibilitando que o louco infrator possa ser tratado de “forma humanizada e que findo o tratamento possa ser reinserido no meio social” (CAETANO, 2013, p. 27).

O referido programa integra a Superintendência de Políticas de Atenção Integral à Saúde da Secretaria de Estado da Saúde de Goiás e possui vários órgãos e profissionais de auxílio para a efetivação do programa e sua estrutura é ligada ao Poder Executivo e o Ministério Público (CAETANO, 2013). Sua atuação somente se inicia após a realização de perícia médica e a prolação da sentença de aplicação de medida de segurança que fica a cargo do juiz competente, como explica Caetano (2013, p. 25):

O PAILI supervisiona o tratamento dispensado ao paciente na rede de atenção em saúde mental, o que compreende os CAPS (Centros de Atenção Psicossocial), leitos psiquiátricos em hospitais gerais, clínicas psiquiátricas conveniadas ao SUS, serviços residenciais terapêuticos e, ao mesmo tempo, faz a mediação entre o paciente e o juiz, em canal direto de comunicação que favorece, simplifica e desburocratiza o acesso permanente à Justiça.

Desta forma, para garantir uma maior eficácia nos atendimentos feitos dentro PAILI, foi necessário a criação de uma equipe multidisciplinar que contemplasse as áreas da justiça e da saúde, sendo composta por “advogados, assistentes sociais, psicólogos, acompanhantes terapêuticos, médicos psiquiatras e auxiliares administrativos, todos vinculados à Secretaria de Estado da Saúde” (CAETANO, 2013, p. 27).

O programa possui um vínculo direto com o Sistema Universal de Saúde (SUS), o qual representa a democratização do tratamento do louco infrator, realizando visitas e atendimentos em todos os centros os quais, os loucos infratores são levados a tratamento, evitando seu completo isolamento com a internação em hospitais psiquiátricos com resquícios de tratamento desconfiável oferecidos pelos manicômios. O promotor e idealizador do PAILI acrescenta ainda, a importante contribuição e auxílio realizados

pelo programa para orientar os pacientes que são submetidos à medida de segurança (CAETANO, 2013, p. 05):

Atuando de forma auxiliar aos juízos da execução penal, o PAILI tem a relevante tarefa de acompanhar os pacientes julgados e absolvidos pela Justiça Criminal, mas que, em razão de doença ou perturbação da saúde mental, são submetidos à internação psiquiátrica ou ao tratamento ambulatorial.

Vale evidenciar que, conforme Anexo 1 da Portaria nº. 019/2006- GAB/SES, o PAILI tem como propósito “promover atenção integral à saúde das pessoas portadoras de transtornos mentais, submetidas à medida de segurança no Estado, bem como daquelas que manifestarem sofrimento mental no transcurso da execução penal” evitando prisão perpétua e tortura para àqueles que necessitam de uma atenção especial do Estado e que, por razão de sua incapacidade mental, cometem delitos.

Dentre as atribuições conferidas ao PAILI encontram-se produzir relatórios para justiça, apresentando o Projeto Terapêutico conforme cada caso; acompanhar o tratamento ao louco infrator em cumprimento da medida de segurança, apresentando relatórios periódicos expondo a evolução obtida no tratamento; simplificar acesso à rede pública para que o tratamento seja efetivo; apresentar atividades aos profissionais e autoridades das áreas da saúde a fim de sensibilizá-los e facilitar a compreensão acerca da imagem do louco infrator, com o objetivo diretamente de reabilitação e reestruturação da sociedade com os pacientes (CAETANO, 2013).

Visando um tratamento digno, o art. 2º, parágrafo único da Lei Antimanicomial assegura direito à convivência familiar, tratamento humanizado, respeitoso, proteção contra qualquer abuso ou exploração do louco infrator, ter direito a informação de seu estado de saúde e a busca para reinserção familiar, dentre outras formas que garantem a proteção e assegura uma assistência médica eficaz, *in verbis*:

Art. 2º. Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo. Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental: I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas; V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental. (BRASIL, 2001).

Logo, um tratamento baseado em tortura, descaso, isolamento e negligências de medicamentos, itens básicos de higiene e alimentação, não contribuem de nenhuma

forma para a recuperação do indivíduo. Mas, quando esse louco infrator passa a ser visto como um sujeito de direitos e suscetível de cuidados diante de sua extrema vulnerabilidade e colocado em tratamento terapêutico humanizado condizente, as mudanças são significativas.

Vale enfatizar que cada louco infrator passa por uma análise e recebe de forma individualizada uma assistência psicossocial de acordo com suas necessidades e especificidades. Portanto, prefere-se que o tratamento do mesmo seja realizado de forma ambulatorial, no entanto, exaurido essa possibilidade, a internação passa a ser evidenciada, sendo a internação compulsória a última hipótese e meio de tratamento a ser submetido ao paciente, conforme disposto no art. 4º da Lei Antimanicomial, *in verbis*:

Art. 4º. A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitais se mostrarem insuficientes. § 1º. O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio. § 2º. O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros. (BRASIL, 2001).

Para coibir internações desnecessárias e arbitrárias, o juiz decreta a medida de segurança, no entanto, é imprescindível a realização de um laudo pericial pelo médico devidamente cadastrado nos registros do conselho regional referente, expondo as circunstâncias que justificam a internação psiquiátrica. Vale ressaltar que o médico e a equipe multidisciplinar possuem autonomia para estabelecer o melhor tratamento ao louco infrator conforme a Lei nº. 10.216/01, *in verbis*:

Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça. (BRASIL, 2001).

Assim, o Juiz e o Promotor de Justiça ficam na função fiscalizadora para assegurar a legalidade e o cumprimento do tratamento do paciente, podendo requerer a qualquer tempo informações para evitar excessos ou desvios da função da medida de segurança. Cabe ressaltar que, por se tratar de um meio terapêutico, o tratamento ambulatorial e a medida de segurança não têm como objetivo punir o louco infrator e sim o oposto, pois, busca assegurar um tratamento digno para que o paciente possa ser reinserido no meio social e evitar que volte a delinquir, principalmente porque a medida de segurança decorre de uma absolvição imprópria e não possui caráter punitivo (CAETANO, 2013, p. 32).

Pensando no amparo financeiro dos loucos infratores que se encontram em tratamento, o PAILI pleiteia o Benefício de Prestação Continuada (BPC) ainda que os beneficiados não sejam interditados civilmente. Para os pacientes internados a longo prazo

(período igual ou superior a dois anos), busca-se bolsa auxílio-reabilitação referente ao Programa de Volta para Casa (PVC) (BRAGA E SILVA, 2010).

Devido à criação do PAILI e o alcance de suas ações juntamente ao Ministério Público de Goiás e o Conselho Regional de Psicologia, tornou-se inviável a criação de Hospitais de Custódia e Tratamentos Psiquiátricos em Goiás que tendem a aprisionar e retardar o acesso à rede pública de saúde, retornando ao modelo manicomial, fazendo com que a medida de segurança se perca da real finalidade e a Lei Antimanicomial sua eficácia, como expõe Diniz (2013, p. 21):

O funcionamento do Paili em Goiás fez com que o estado não construísse ECTP para o cumprimento das medidas de segurança após a Lei 10.216, de 2001. Nos termos da Lei 10.216, é “vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares”, ou seja, instituições que ofereçam assistência biopsicossocial a indivíduos com transtorno mental desprovidas das características estabelecidas pela lei, tais como serviços de base comunitária, visando alcançar a recuperação do indivíduo ao promover sua inserção na família, no trabalho e na comunidade.

De fato, a intersetorialidade e a assistência biopsicossocial presentes no PAILI garantem uma maior aceitabilidade e eficiência no tratamento dos loucos infratores, possibilitando melhorias ao louco infrator. Além do mais, é importante frisar que conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal, é dever do Estado promover acesso a saúde através de políticas sociais ou econômicas.

Outrossim, o SUS foi criado em 1990 através da Lei Orgânica da Saúde nº. 8.080/1990 e configura um modelo público de ações e prestações de serviços na área da saúde, além de ter um conjunto de princípios e diretrizes a respeito do papel do Estado e a democratização do acesso ao sistema de saúde à todos, dado que, conforme art. 3º da Lei Antimanicomial, o Estado deve desenvolver política de saúde mental e promover ações voltadas aos portadores de transtornos mentais, *in verbis*:

Art. 3º. É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais. (BRASIL, 2001).

Braga e Silva (2010) alega que o PAILI colabora na consolidação dos princípios defendidos pelo SUS, já que prioriza um atendimento humanizado, deixando em desuso um tratamento hospitalar isolado, na medida em que prioriza o tratamento na forma ambulatorial, além de primar que o paciente busque redes de atenção mais próxima a sua residência para que o acompanhamento não seja tido como dificultoso. Além disso, assegura a intersetorialidade ao intermediar o paciente com os demais órgãos públicos. Prado e Schindler (2017, p. 637 e 648) enaltecem a importância do SUS e da Rede de Atenção à Saúde Mental para possibilitar o cumprimento da medida de segurança:

A reestruturação da Rede de Atenção à Saúde Mental que faz parte do Sistema Único de Saúde (SUS) é fundamental para que haja viabilidade na associação do cumprimento de medida de segurança com os princípios da reforma psiquiátrica. O desafio não é apenas desinternar, mas também fortalecer essa rede para que possa acompanhar o egresso do Hospital de Custódia. (...) O tratamento em meio aberto pode favorecer a manutenção dos vínculos familiares, mediante o acompanhamento, com menor dificuldade, não apenas da pessoa com transtorno mental, como também, com menor grau de estigmatização e, assim, maior probabilidade de sucesso na inserção social desse indivíduo.

Além dos programas oferecidos pelo SUS, a família desempenha um papel fundamental no tratamento do louco infrator, tendo em vista que pode auxiliá-lo com a medicação, além de restabelecer relações familiares muitas vezes abaladas com a doença e o afastamento. No mais, o familiar pode incentivar a participação e a conclusão do tratamento. Martins e Guanaes-Lorenzi (2016, p. 05) explicam que a participação da família no tratamento é fundamental para a aceitação da doença:

A participação no tratamento é descrita como uma forma de aprendizado sobre o que é a doença mental e maneiras de lidar com ela [...] o aprendizado sobre a doença e seus efeitos benéficos para as famílias acontece no cotidiano do tratamento dessas famílias, por meio do diagnóstico e aceitação da doença, do recebimento de informações sobre a doença e como lidar com situações advindas da mesma.

É compreensível que a família seja tida como peça fundamental no tratamento do louco infrator, já que o mesmo permanece em convívio social e familiar durante o tratamento, possibilitando a difusão da informação sobre a doença e como tratá-la, desconstruindo barreiras e preconceitos acerca da realidade vivida pelo louco infrator. Prado e Schindler (2017, p. 643) afirma que a família é fundamental na desinternação do louco infrator para evitar o desamparo e o retorno da doença:

A problemática do desamparo social é uma das razões mais contundentes que justificam a ineficiência das desinternações judiciais sem o apoio familiar. O cumprimento da medida de segurança que é desinternado sem o necessário apoio da família se torna um vulnerável social, afinal, acometido de enfermidade mental. Sua periculosidade é dada como cessada, mas as suas necessidades como doente não cessam, e, se não houver o acompanhamento necessário, a doença pode voltar a se manifestar.

Da mesma forma, Caetano (2013, p. 13) defende que os resultados obtidos no PAILI foram conquistados graças ao apoio familiar e o convívio social, mesmo que a situação desses indivíduos seja complexa e exigem cuidado intensificado:

O PAILI apresenta hoje resultados exitosos, conquistados no resgate da vida digna e dos laços sociais e familiares de pessoas outrora abandonadas à própria sorte pelas ruas, ou esquecidas em pressões ou manicômios, não obstante as naturais dificuldades enfrentadas na atenção às pessoas com transtornos mentais e os novos desafios que aparecem a cada dia.

Ademais, a própria família recebe apoio da equipe multidisciplinar e pode integrar o programa de Estratégia Saúde da Família (ESF) que consiste no atendimento de familiares

próximos e vizinhos. Todos recebem informações sobre prevenção de doenças e são encaminhados às Unidades Básicas de Saúde (UBS) para a realização de exames e consultas (BRASIL, 2020). Prado e Schindler (2017, p. 644), compactuam da mesma ideia ao afirmar que:

É preciso considerar que a família também necessita de assistência e acompanhamento para que possa lidar com a situação da pessoa com transtorno mental. As estruturas hospitalares muitas vezes dificultam essa aproximação, ao passo que a assistência extra-hospitalar pode favorecer esse duplo acompanhamento (paciente/família), pois mais próximo e acessível.

Por fim, é evidente que as atualizações trazidas pela Lei Antimanicomial e pelo PAILI consistem em mudanças significativas para o louco infrator, sua família e a sociedade de modo geral, concretizando não somente os direitos e garantias individuais básicas determinados pela nossa Constituição e reafirmados pela CADH, mas possibilitando que haja um tratamento humanizado e sua reinserção social. No entanto, ainda há muito trabalho de conscientização e cumprimento dos direitos inerentes à pessoa humana, além de mudanças na forma do pensar social e nas discussões legislativas que devem ser pautadas na luta antimanicomial, a fim de se evitar retrocessos.

5. RELATÓRIOS ATUAIS SOBRE A SITUAÇÃO DOS HOSPITAIS PSIQUIÁTRICOS BRASILEIROS

Os dados a seguir expostos foram analisados através dos trabalhos realizados pela Pastoral Carcerária sobre os manicômios judiciais de São Paulo em 2018 – nesta altura da situação jurídica, já denominados hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTP) conforme redação dada pela Lei nº. 7.209/84 ao art. 96, inciso I, do CP e que, em sua essência particularmente moderna, não possuem maiores diferenças entre eles –, apresentando informações sobre outras realidades já presenciadas e também, pelo relatório nacional elaborado em conjunto com o Conselho Federal de Psicologia, Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, Conselho Nacional do Ministério Público e o Ministério Público do Trabalho sobre a atualização do Relatório de Inspeção Nacional dos Hospitais Psiquiátricos, publicado em março deste ano. Ademais, é imprescindível a análise atualizada das situações dos então HCTP conforme estes dois novos estudos.

Antes de iniciarmos as conclusões obtidas, se faz necessário informar que a Pastoral Carcerária atua no sistema prisional desde a década de 1960, e de lá para cá, foi responsável por grandes conquistas no cárcere, sobretudo, na luta contra a violência e miséria nos presídios brasileiros, além de ter um papel fundamental no cumprimento de direitos inerente à dignidade humana de milhares de homens, mulheres e crianças que encontram-se sob a tutela estatal, responsável pela realização, divulgação e publicação de diversos relatórios técnicos em face de diversos temas relacionados a carceragem e às instituições totais.

As primeiras impressões sobre os HCTP do relatório não foge a realidade já apresentada no referido trabalho, haja vista que ainda é possível encontrar locais onde a rotina dos loucos infratores variam entre remédios e cumprimento de medida de segurança que mais se assemelha ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade, já que os mesmos ficam aprisionados em locais superlotados, insalubres, precários e sob uma administração incapazes de ofertá-los o cumprimento de seus direitos.

Em continuidade, verificou-se que os medicamentos – também chamados de psicofármacos – são utilizados na maioria das vezes como o único meio de tratamento, e como sabido, o uso excessivo e indiscriminado de medicamentos pode gerar inúmeros efeitos colaterais, causando um efeito reverso no tratamento pois, ao invés de ajudar o usuário, o mesmo terá sua saúde prejudicada significativamente, já que presenciaram pacientes que sequer paravam em pé sozinhos devido à alta dose do medicamento. Ocasão na qual, ressaltamos a necessidade de uma estrutura específica e uma colaboração entre a medicina e o mundo jurídico de forma efetiva.

Com o passar do tempo e com uso de medicamentos agressivos e em quantidade abusiva, os loucos infratores não conseguem estabelecer um raciocínio coerente sobre o tempo de medida de segurança já cumprido, e assim, encontram-se mais uma negligência no tratamento dos mesmos, visto que há uma omissão sobre prazos e andamento dos processos dos loucos infratores. Alega-se que as datas sobre prazos e procedimentos não são informadas aos loucos infratores para não gerar uma ansiedade desnecessária, no entanto, ao omitirem informações importantes como essas, a impressão que se tem é de abandono, desamparo e uma medida de segurança perpétua (PASTORAL CARCERÁRIA, 2018).

A Pastoral Carcerária constatou que o perfil dos loucos infratores é composto em sua maioria por negros, pobres e pertencentes a comunidades carentes, possuindo idade entre 38 e 39 anos, sendo possível encontrar pessoas com deficiência visual, auditiva e cadeirantes. Além disso, a grande maioria é desassistida quanto ao trabalho e ao estudo, visto a superlotação e a baixa oferta de vagas para exercerem atividades remuneradas ou educacionais, permanecendo assim ociosos e improdutivos no sistema penal-psiquiátrico (PASTORAL CARCERÁRIA, 2018).

A partir de entrevistas realizadas com os funcionários dos hospitais e com os pacientes, além de observação, pesquisa documental e análise estrutural, o relatório investigou os hospitais psiquiátricos públicos ou conveniados com o sistema de saúde público em funcionamento e “que se chegou a 119 estabelecimentos e 18.459 leitos (15.676 leitos destinados ao SUS), localizados em 22 estados e distribuídos em todas as regiões do Brasil” (BRASIL, 2020, p. 43), definindo os seguintes critérios para a realização da visitação, sendo escolhido 40 hospitais divididos em todos os Estados do Brasil⁵¹³:

513 Ressalta-se que no Estado de Goiás, foram analisados três hospitais psiquiátricos: Instituto de Medicina do Compor-

A. Hospitais psiquiátricos de grande porte, acima de 400 leitos. B. Indicação de descredenciamento pelo Programa Nacional de Avaliação dos Serviços Hospitalares – Psiquiatria (PNASH/Psiquiatria). C. Existência de óbitos registrados do Sistema de Informações Hospitalares (SIH) nos últimos seis anos. D. Taxa de ocupação acima de 100%. E. Notícias de denúncias de violação de direitos humanos e/ou irregularidades veiculadas pela mídia. F. Procedimentos Preparatórios, Inquéritos Cíveis, Ações Cíveis Públicas ou Termos de Ajustamento de Conduta em acompanhamento pelo Ministério Público (BRASIL, 2020, p. 43).

Conforme as conclusões possíveis diante do amplo estudo realizados pelos órgãos, concluíram que dentre os 40 hospitais psiquiátricos visitados, todos eles, sem exceção, devem fechar a “porta de entrada, para que não sejam realizadas novas internações e, com isso, iniciar o processo de planejamento de alta de todas as pessoas internadas, com vista à desinstitucionalização, em cumprimento à lei” (BRASIL, 2020, p. 504), sendo uma conclusão categórica, cristalina e sem margem para dúvidas que o sistema penal-psiquiátrico no Brasil continua um antro de violações e ausência de estrutura.

Muito embora o próprio estudo realizado reconhece a complexidade de determinar o fechamento dos HCTPs e consequente impedimento de novas internações, o estudo apresenta de forma ampla e detalhada, diversas recomendações no âmbito da saúde social e administrativa, abrangendo todos os órgãos diretamente vinculados neste mesmo escopo, a fim de que, tais recomendações possam ser tidas como métodos solucionadores do sistema psiquiátrico brasileiro.

Algumas dessas recomendações determinam a realização do PTS (Projeto Singular Terapêutico) de todos os pacientes com internação de curta duração, com o objetivo de liberá-los e receber a alta médica e, em conjunto com a rede psicossocial, possam realizar a desinstitucionalização e reabilitação psicossocial dos indivíduos; a realização de reforma estrutural em todos os prédios dos hospitais, no prazo de 60 dias, a fim de que seja possível a manutenção dos direitos humanos para pessoas com deficiência física, proporcionando maior mobilidade (BRASIL, 2020).

Da mesma forma, preveem a instalação imediata de portas em todos os banheiros, de maneira a garantir a privacidade (BRASIL, 2020, p. 504), melhorias imediatas no acesso à água potável, bem como a alimentação digna e saudável; fiscalização e organização administrativa das internações involuntárias, dispondo de relatórios atualizados sobre a situação do paciente para a família, (BRASIL, 2020), dentre diversas outras recomendações úteis para a melhoria dos HCTPs e ampla proteção em todos os âmbitos da vida humana aos pacientes que neles se encontram.

tamento Eurípedes Barsanulfo em Anápolis, Casa de Eurípedes em Goiânia e Pax Clínica Psiquiátrica em Aparecida de Goiânia (*op. cit.*).

6. CONCLUSÃO

Assim sendo, temos as seguintes análises realizadas sobre toda a problemática dos manicômios que nos rendem pontos conclusivos. Inicialmente, os manicômios judiciais brasileiros não cumprem com a finalidade disposta na lei, pelo contrário, são notórios o descaso e o abandono sofrido pelos loucos infratores e deficientes mentais que neles se encontram. Há inúmeros casos onde o louco infrator sofria tortura e ausência de assistência jurídica, psiquiátrica, social ou familiar, além da falta de administração dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.

O caso de Damião Ximenes revela um fragmento da barbárie que ocorria dentro dos manicômios judiciais e o desfecho do caso serviu para mostrar que o fato de estarem em locais abandonados, perversos, ausente de assistência jurídica, psiquiátrica, social e familiar não impede que a justiça seja feita e buscá-la mesmo em situações de extrema crise. A Convenção Americana de Direitos Humanos foi o grande destaque nessa luta, sendo o órgão que deu a oportunidade de trazer um pouco de paz para a família e o fim da Casa de Repouso de Guararapes no Estado do Ceará. Muito além do que apenas a saúde mental, a CADH foi a legitimação dos direitos humanos, sejam estes em qualquer situação, com o respaldo das demais disposições normativas de proteção ao louco infrator.

Todavia, infelizmente, o caso supramencionado não é o único, já que os descasos dentro dos manicômios judiciais se perpassam por anos e ainda sim, o Brasil caminha a passos curtos quanto à execução normativa da Lei Antimanicomial, principalmente porque não há estudos atualizados sobre os centros de tratamento psiquiátrico com características asilares e como estão a adequação deste modelo de manicômios judiciais em relação à Lei nº. 10.216/2001. Ainda há muito preconceito, dúvida e desentusiasmo quanto ao assunto por parte de todos os entes envolvidos e competentes, visto que a cultura do isolamento e da exclusão ainda é notória e legitimado pelo Estado em detrimento da Lei Antimanicomial.

A Reforma Psiquiátrica advinda da Lei Antimanicomial surgiu para discutir e colocar em prática melhorias a fim de que as medidas de segurança fossem cumpridas sem infringir os direitos humanos, penais e constitucionais preestabelecidos. Além disso, a lei modificou alguns aspectos para que o louco infrator pudesse ser submetido a um tratamento digno através da rede pública de saúde.

Dessa maneira, é preferível que o louco infrator cumpra a medida de segurança e permaneça no meio social facilitando a convivência familiar e a conclusão do tratamento, sendo a internação como último meio de tratamento, após todos os outros métodos serem ao menos tentados. Convém salientar que, o louco infrator não deve perder o direito de viver em sociedade quando não preenchido os requisitos para a determinação da internação como prevê a lei. O louco infrator é um sujeito de direitos

e necessita de uma atenção especial do Estado, da sociedade e da família e comprovado que o isolamento com características extremamente antissociais prejudica a evolução de seu quadro clínico e sua reinserção no seio social.

Apesar de tudo, há ainda programas excepcionais como o PAILI em Goiás que permitiu que a Lei Antimanicomial fosse para além da letra fria da lei e pudesse de fato, demonstrar a verdadeira possibilidade de sua aplicabilidade na prática, com o auxílio do CAPS, RAPS, entre outros programas ligados ao SUS, democratizando o sistema de saúde psiquiátrico público e imbuído de instaurar os princípios humanitários aos doentes mentais que cometem crimes em razão da doença. O PAILI realiza um acompanhamento minucioso não apenas do louco infrator, mas também com seus familiares, assistidos também pelos órgãos da justiça e da saúde ao mesmo tempo, facilitando a execução do tratamento, bem como, o cumprimento legal da medida de segurança e do próprio processo.

Muito embora haja tímidos programas para a melhoria da saúde mental atualmente, o relatório da Pastoral Carcerária em relação aos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico só reafirma a condição de prisão perpétua da medida de segurança, onde o empobrecimento do sistema psiquiátrico não envolve apenas do Estado de São Paulo, haja vista que as mazelas existentes nos HCTPs perpassam todo o território nacional.

Os HCTPs fracassaram quanto a ideia inicial de tratar pessoas durante o cumprimento de uma medida de segurança e passou a adotar um sistema omissivo, negligente e desumano. Além da supressão de direitos inerente à dignidade da pessoa humana, os HCTPs tornam impossível a recuperação de qualquer pessoa que permanecem sob seus cuidados e assim, não restam dúvidas que deve-se, o mais rápido possível, buscar o fechamento de todos os HCTPs, como expõe o amplo relatório realizado pelo Conselho Federal de Psicologia e os demais órgãos e comprovados todas as mazelas em pesquisa investigativa em todos os Estado brasileiros.

Contudo, vale enfatizar que a saúde e a justiça brasileira são altamente capazes de executar suas diretrizes e finalidades referentes ao cumprimento da medida de segurança, no entanto, seguem minimizando a realidade dos HCTPs. É fundamental a importância que haja cada vez mais discussões, congressos, pesquisas, debates sobre a saúde mental no Brasil e, principalmente, a ampliação de programas voltados ao louco infrator e a humanização do sistema de saúde. Faz-se necessário que as mudanças das diretrizes executivas e do pensamento social sobre o tema caminhem lado a lado para a evolução, melhoria e a modernização dos tratamentos relacionamentos ao louco infrator.

BIBLIOGRAFIA

AMARANTE, P. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*. Organizador por Paulo Amarante. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

ARBEX, D. *Holocausto Brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

AZEVEDO, A. M.; SOUZA, T. S. Internação compulsória de pessoas em uso de drogas e a Contrarreforma Psiquiátrica Brasileira. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 27 [3]: 491-510, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/physis/v27n3/1809-4481-physis-27-03-00491.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRAGA E SILVA, M. Um caso entre a saúde mental e os direitos humanos: as versões e a vítima. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 23 [4]: 1257-1275, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v23n4/12.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

_____. O desafio colocado pelas pessoas em medida de segurança no âmbito do Sistema Único de Saúde: a experiência do PAILI-GO. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 20 [2]: 653-682, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000200017&script=sci_abstract&tlng=pt >. Acesso em: 30 jan. 2020.

_____. *O Caso Damião - Antecedentes de um precedente: judicialização, direitos humanos e saúde mental no Brasil*. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<http://www.proex.ufes.br/sites/proex.ufes.br/files/field/anexo/03.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Federal de Psicologia; Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; Conselho Nacional do Ministério Público; Ministério Público do Trabalho. *Hospitais Psiquiátricos no Brasil: Relatório de Inspeção Nacional*. 2 ed. Brasil: Agência Movimento, 2020. Disponível em: <<https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2020/03/relatc393rio-nacional-hp-versc3a3o-revisada.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. *Rede de Atenção Psicossocial (RAPS)*. Ministério da Saúde. 2013/2020. Não paginado. Brasília, DF: Ed. Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/acoes-e-programas/rede-de-atencao-psicossocial-raps>>. Acesso em: 03 fev. 2020

_____. *Sistema Único de Saúde (SUS)*. Ministério da Saúde. 2013/2020. Não Paginado. Brasília, DF: Ed. Ministério da Saúde. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>>. Acesso em: 07 de abr. de 2020.

CAETANO, H. *Pailli: Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator*. 3 ed. Goiânia: MP/GO, 2013. Disponível em: <http://www.mpgop.br/portal/arquivos/2013/08/19/15_33_20_501_mioloPAILLI_Layout.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2019.

CUNHA, C. C.; BOARINI, M. L. A Medicina com o Voto de Minerva: O Louco Infrator. *Psicologia & Sociedade*, 2016, 28(3), 442-452. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822016000300442&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 18 dez. 2019.

DINIZ, D. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: censo 2011*. Brasília: Letras Livres: Editora Universidade de Brasília, 2013. 382p. Disponível em: <http://newpsi.bvs-psi.org.br/ebooks2010/pt/Acervo_files/custodia_tratamento_psiquiatrico_no_brasil_censo2011.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

GOFFMAN, E. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974. 153 p.

LAPS. Laboratório de Estudos e Pesquisas em Saúde Mental e Atenção Psicossocial. *Memória da Reforma Psiquiátrica no Brasil, 1987*. Não Paginado, Ed. Fiocruz. Disponível em: <<http://laps.ensp.fiocruz.br/linha-do-tempo/61>> Acesso em: 07 abr. 2020.

MARTINS, P. P. S.; GUANAES-LORENZI, C. Participação da família no tratamento em Saúde Mental como Prática no Cotidiano do Serviço. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Vol. 32 n. 4, pp. 1-9. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v32n4/1806-3446-ptp-32-04-e324216.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

PASTORAL CARCERÁRIA. *Hospitais-Prisão: Notas sobre os manicômios judiciais de São Paulo*. São Paulo:

Grupo de Trabalho Saúde Mental e Liberdade Pastoral Carcerária da Arquidiocese de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/08/relatorio_hospitais-priso-gt-sade-mental-e-liberdade-pastoral.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. *O que é a Pastoral Carcerária*. São Paulo: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Disponível em: <<https://carceraria.org.br/a-pastoral-carceraria#1541815130503-621cac4b-75d4>>. Acesso em: 12 abr. de 2020.

PETERKE, S. *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. 374 p. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?pid>>. Acesso em: 03 fev. 2020.

PRADO, A. M; SCHINDLER, D. A medida de segurança na contramão da Lei de Reforma Psiquiátrica: sobre a dificuldade de garantia do direito à liberdade a pacientes judiciários. *Revista Direito GV*, 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n2/1808-2432-rdgv-13-02-0628.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2020.

14.

O COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS: PROVIDÊNCIAS IMEDIATAS E MEDIDAS EFICAZES DE COMBATE

Jordano Soares Azevedo

RESUMO: No ano de 2014 foi aprovada a EC nº 81, que alterou o artigo 243 da CR/88 para determinar a expropriação de imóveis que forem utilizados na prática do trabalho escravo. Ocorre que a pena confiscatória ainda não foi aplicada, pois parte dos autores consultados entendem que a norma é de eficácia limitada. Contudo, esse posicionamento não se coaduna com as diretrizes estabelecidas por normas internacionais, dentre as quais estão o artigo 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Solução Amistosa nº 95, de 24 de outubro de 2003, firmada no âmbito da CIDH, no caso 11.289, e a sentença proferida pela Corte IDH, no caso 12.066. Com isso, verifica-se que o Brasil não está cumprindo os parâmetros estabelecidos em tais documentos e está promovendo um desmantelamento da política pública destinada a combater a escravidão contemporânea.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho. Escravo. Expropriação. Política. Combate.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Divergência sobre a eficácia e a aplicabilidade da regra do art. 243 da cr/88; 3. Breve análise da organização dos estados americanos (oea): principais órgãos e tratados; 4. Os principais atos e tratados sobre o trabalho escravo contemporâneo; 5. O trabalho análogo ao de escravo no direito brasileiro; 6. O arquivado PLS nº 432/2013; 7. O desmonte da política de combate ao trabalho escravo no Brasil; 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

As normas internacionais provenientes da Organização dos Estados Americanos (OEA) exercem papel de extrema relevância na política brasileira de combate ao trabalho escravo contemporâneo. Nesse sentido, o artigo 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que ninguém poderá ser submetido à escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

No caso do Brasil, outra importante norma internacional de combate à escravidão contemporânea é a que resulta da Solução Amistosa de nº 95, de 24 de outubro de 2003, que consiste no acordo firmado entre o Brasil e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no caso 11.289 (Caso do Trabalhador José Pereira), pelo qual o país assumiu o compromisso de desenvolver uma série de medidas para impedir esta forma de exploração do ser humano.

A cláusula décima terceira, item “ii”, desse acordo, exige que o Brasil vele pelo imediato cumprimento da legislação existente, por meio de cobranças de multas administrativas e judiciais, da investigação e a apresentação de denúncias contra os autores da prática de trabalho escravo.

Por fim, a terceira e não menos importante norma decorre da sentença proferida no ano de 2016 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no caso 12.066, que ficou conhecido como “O Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde”. Na citada decisão, ficou consignado que os Estados devem adotar medidas apropriadas para pôr fim à escravidão contemporânea em todas as suas formas.

Na tentativa de cumprir as determinações dessas normas internacionais, foi aprovada, no ano de 2014, a Emenda Constitucional nº 81, que alterou o artigo 243 da Constituição de 1988, para estabelecer a pena de expropriação/confisco aos proprietários de imóveis urbanos ou rurais que forem utilizados para a exploração do trabalho escravo.

No entanto, a referida norma ainda não foi aplicada pelos tribunais brasileiros, pois o entendimento predominante é o de que a regra em análise é de eficácia limitada e, como tal, exige a edição de uma lei ordinária que venha a regulamentá-la e especificar em termos claros o que vem a ser o “trabalho escravo”.

Ocorre que o projeto de lei que se destinava a regulamentar o artigo 243 da CR/88 (PLS 432/2013) foi arquivado, no final de 2018, e não houve, desde então, qualquer iniciativa política para se aprovar um projeto com idêntico propósito.

Além do descaso com a aprovação do PLS 432/2013, verificou-se que o governo federal vem promovendo um desmonte da política pública de combate ao trabalho escravo contemporâneo, o que está sendo feito por meio de cortes no orçamento e pela redução do quadro de servidores das instituições que vinham cumprindo esta função.

Nesse contexto, formula-se as seguintes questões: será mesmo necessário aguardar a aprovação de uma lei ordinária para a aplicação do artigo 243 da CR/88? O Brasil está cumprindo as determinações impostas pelas normas internacionais de combate ao trabalho escravo contemporâneo, provenientes da Organização dos Estados Americanos (OEA)?

A partir deste problema, o objetivo geral deste artigo é discutir e rever a política brasileira de combate ao trabalho escravo contemporâneo à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos, que serviu de fundamento tanto para a solução amistosa nº 95/2003, como para a sentença proferida pela Corte IDH no Caso 12.066.

Já os objetivos específicos consistente em *i)* verificar se houve alguma iniciativa de aplicação da regra do artigo 243 da CR/88 em casos concretos; *ii)* analisar o conceito de trabalho escravo previsto no artigo 149 do Código Penal; *iii)* investigar o processo de tramitação do PLS 432/2013, que se destinava a regulamentar o artigo 243 da CR/88

e *iv*) observar se a atual política brasileira de combate à escravidão contemporânea está condizente ou não com as diretrizes fixadas pelos atos normativos provenientes da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica, mediante a consulta de obras específicas sobre o tema objeto deste trabalho, bem como de decisões proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro, e de outros recursos, como textos de lei, convenções e tratados internacionais, notícias divulgadas pela internet etc.

Inclusive, no primeiro capítulo consta a descrição de um caso verídico, que foi localizado a partir da pesquisa realizada por este autor. Como se verá, a União decidiu não aplicar a pena de confisco no caso concreto, por entender que a norma do artigo 243 é de eficácia limitada.

Já os capítulos 2 e 3 foram dedicados a uma breve análise do sistema de combate ao trabalho escravo da Organização dos Estados Americanos (OEA), o que foi importante para se compreender como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) interpretam e aplicam o artigo 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos, nos casos concretos.

O capítulo 4º, por sua vez, dedica-se ao estudo das formas de execução do crime de redução da pessoa a condição análoga à de escravo, previsto no artigo 149 do Código Penal. Na sequência, o capítulo 5º aborda alguns pontos importantes sobre a tramitação do PLS 432/2013, que foi arquivado no final de 2018.

Por fim, o capítulo 6º faz a análise de algumas medidas adotadas pelo governo nos últimos 4 anos, bem como das críticas que foram apresentadas.

2. DIVERGÊNCIA SOBRE A EFICÁCIA E A APLICABILIDADE DA REGRA DO ART. 243 DA CR/88

Em 05 de junho de 2014 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 81, que trouxe nova redação ao artigo 243 da Constituição. (CARNEIRO, 2014, p. 24). Com a mudança, o constituinte derivado introduziu nova hipótese de confisco de bens imóveis, como sanção aos proprietários que exploram o trabalho escravo no local.

O grande problema é que, já transcorridos mais de 05 (cinco) anos da data da promulgação da EC 81/2014, ainda não se teve notícia da aplicação da referida norma pelos tribunais brasileiros, e provavelmente ela não o será, pois muitos políticos e juristas defendem a necessidade de sua regulamentação específica.

É o caso, por exemplo, de Mendes e Branco (2017, p. 366), os quais ressaltam que a lei que venha a disciplinar a norma do artigo 243 da CR/88 “[...] *deverá conter de-*

finições bastante claras do conceito de trabalho escravo, bem como assegurar o devido processo legal aos proprietários de imóveis, evitando, assim, insegurança jurídica.”.

Em sentido oposto, há juristas que defendem que o trabalho escravo, mencionado no artigo 243 da Constituição, já estaria tipificado no artigo 149 do Código Penal, que define a figura do crime de redução da pessoa a condição análoga à de escravo. Dentre eles está, por exemplo, Brito Filho (2018), que apresenta um argumento irretocável. Diz o citado autor que, em um país que não reconhece o trabalho escravo, não existe trabalho escravo, mas trabalho análogo ao de escravo.

O interessante é que as divergências não ficaram apenas no meio acadêmico, pois, em determinada ação civil pública, aforada no Estado do Mato Grosso, os próprios órgãos do Estado manifestaram posições antagônicas no que diz respeito à eficácia e aplicabilidade da regra do artigo 243 da CR/88.

O caso foi o seguinte: O Ministério Público do Trabalho (MPT) da 23ª Região, nos autos da ação civil pública que tramita perante a vara do trabalho de Colíder/MT, sob o nº 0000450-57.2017.5.23.0041, tomou a iniciativa de provocar o Judiciário e a União para a tentativa de aplicação da regra do artigo 243 da CR/88, em um caso concreto.

Trata-se de flagrante de pessoas em condições degradantes de trabalho em determinada fazenda, situada no Estado do Mato Grosso, que resultou no resgate de 23 trabalhadores em condições análogas à de escravo, incluindo uma grávida de oito meses e um adolescente de 17 (dezessete anos). (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO 23ª REGIÃO, 2018).

Os fatos motivaram o ajuizamento da ação pelo Ministério Público do Trabalho, na qual um dos pedidos foi a condenação dos réus ao pagamento de quantia não inferior a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), a título de compensação por danos morais coletivos.

O MPT também requereu a notificação da União, por meio do Ministério do Desenvolvimento Agrário e Desenvolvimento Social, para integrar a lide na qualidade de assistente, visando à expropriação, por interesse social para fins de reforma agrária, sem qualquer pagamento indenizatório.

Na petição inicial, o MPT sustenta a possibilidade de aplicação da Lei 8.257/91, que regula o processo de expropriação de terras em função do cultivo de plantas psicotrópicas, à situação do trabalho escravo, pelo recurso da analogia. Além disso, o MPT trouxe outros fundamentos para justificar o confisco da propriedade utilizada para a exploração do trabalho escravo.

A sentença do caso foi proferida em 02 de outubro de 2018, sendo que o Juízo da Vara do Trabalho de Colíder/MT (TRT, 23ª REGIÃO) condenou parte dos réus ao

cumprimento de inúmeras obrigações de fazer e a pagar a quantia de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), para compensação dos danos morais coletivos.

Também foi acolhido o pedido de notificação da União para a adoção das providências cabíveis:

Tendo em vista a comprovação nos autos de labor em condição análoga a de escravo, ante o disposto nos artigos 184 e 243 da Constituição Federal e o disposto na lei 8.257/1991, determino o encaminhamento dos autos para a União, para a AGU (Advocacia Geral da União) e o Ministério do Desenvolvimento Agrário e Desenvolvimento Social, para que tomem as devidas providências. As providências adotadas pela União deverão ser noticiadas nestes autos. (BRASIL, 2018).

Em resposta, a Advocacia-Geral da União (AGU), em 11.10.2018, juntou petição aos autos da ação civil pública, comunicando ao Juízo da Vara do Trabalho de Colíder/MT, que não tinha interesse de integrar o feito, por entender que a norma do artigo 243 é de eficácia limitada.⁵¹⁴

Com isso, fica evidenciado que existe uma divergência no meio acadêmico e jurisprudencial, no tocante à aplicabilidade da regra prevista no artigo 243 da Constituição de 1988, pois parte dos autores consultados sustentam que a norma é plenamente eficaz, mas outros sustentam que ela depende de uma regulamentação por lei ordinária.

Afinal, quem está com a razão? O MPT da 23ª região ou a AGU?

Para este autor, o MPT da 23ª agiu acertadamente, pois alguns atos e tratados internacionais, especialmente aqueles firmados no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), exigem que o Brasil adote medidas eficazes de combate ao trabalho escravo contemporâneo.

3. BREVE ANÁLISE DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA): PRINCIPAIS ÓRGÃOS E TRATADOS.

A Organização dos Estados Americanos (OEA) é uma entidade com atuação regional, cujo tratado institutivo foi assinado por ocasião da Nona Conferência Inter-nacional Americana, realizada em Bogotá, Colômbia, em 30 de abril de 1948, mas que

514 Segue trecho que demonstra o parecer da União a respeito da eficácia da norma prevista no artigo 243 da CR/88: Quanto à notificação da União (Ministério do Desenvolvimento Agrário e Desenvolvimento Social) para que integre a presente lide na qualidade de assistente do Ministério Público, visando à expropriação por interesse social para fins de reforma agrária dos imóveis envolvidos na demanda, cumpre registrar que a União, por ora, manifesta seu DESINTERESSE EM INTEGRAR O FEITO NA QUALIDADE DE ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO tendo em vista entender, salvo melhor juízo, que a despeito de a emenda constitucional 81/2014 ter alterado o texto da Constituição da República no artigo 243, parágrafo único, passando a prever que os bens (propriedades) em que relacionado à exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei, penso que a presente previsão normativa depende de regulamentação legal, caracterizando-se, desta forma, como uma norma de eficácia limitada. Razão porque é de rigor se concluir que enquanto não existir norma infraconstitucional regulamentando o referido dispositivo constitucional, nos moldes do que ocorrera com a parte atinente ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (a teor da lei 8257/1991), não há possibilidade de se implementar o mencionado dispositivo constitucional à míngua de previsão legal neste sentido. (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2018).

entrou em vigor em 13 de dezembro de 1951, após o depósito do seu 14º instrumento de ratificação. (MAZZUOLI, 2015)⁵¹⁵.

Na mesma ocasião da assinatura da Carta da OEA, também foram assinados o Tratado Americano de Soluções Pacíficas, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, assim como o Convênio Econômico de Bogotá e a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais (os dois últimos não vingaram por falta de ratificações).

Valério Mazzuoli (2015, p. 720) explica que a gênese da OEA foi resultado de uma longa caminhada que se iniciou em 1823, quando o então Presidente dos E.U.A, James Monroe, enviou ao Congresso uma carta na qual combatia “[...] a possibilidade de colonização dos Estados latino-americanos, que acabavam de se libertar de suas metrópoles colonizadoras.”.

Depois disso, tiveram sequência uma série de fatos históricos que resultaram finalmente na assinatura da Carta de Bogotá. Nesse contexto, pode-se citar o Congresso realizado no Panamá, em 1826, por iniciativa do líder político venezuelano, Simon Bolívar, destinado a aprovar um projeto de tratado constitutivo de uma confederação de todos os “Estados do Novo Mundo”, objetivando manter a paz e a segurança de todos os seus membros (esse movimento recebeu o nome de pan-americanismo).

Embora o texto deste tratado não tenha sido ratificado, a iniciativa de Bolívar repercutiu positivamente, pois serviu de estímulo à realização da Primeira Conferência Internacional dos Países Americanos, realizada em Washington, em 1889, ocasião em que se formou a União Internacional das Repúblicas Americanas.

Em seguida, realizou-se, em 1902, no México, a Segunda Conferência das Repúblicas Americanas, e em 1906, no Rio de Janeiro, a Terceira Conferência, quando se criou a Secretaria Internacional das Repúblicas Americanas, que teve seu nome alterado para União Pan-Americana (da qual não fez parte somente o Canadá), na Quarta Conferência, realizada em 1910, em Buenos Aires.

As atividades da União Pan-Americana se intensificaram a partir de então, sobretudo após o fim da Segunda Guerra Mundial, até ser assinada, na Nona Conferência Internacional Americana, acima mencionada, a Carta Institutiva da OEA (Carta de Bogotá). Este documento se estrutura em três partes: a) dogmática ou de princípios (arts. 1º ao 52), b) parte orgânica (arts. 53 a 130) e c) disposições finais ou transitórias (arts. 131 a 146).

Dentre alguns dos propósitos essenciais da OEA, definidos no artigo 2º, que interessam mais diretamente a este trabalho, pode-se citar o de promover, por meio da

515 O tratado constitutivo da OEA está em conformidade com o artigo 52, §1º da Carta das Nações Unidas, que dispõe sobre os acordos regionais: “Nada na presente Carta impede a existência de acordos ou de organismos regionais, destinadas a tratar dos assuntos relativos à manutenção da paz e da segurança internacionais que forem suscetíveis de uma ação regional, desde que tais acordos ou entidades regionais e suas atividades sejam compatíveis com os Propósitos e Princípios das Nações Unidas.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

ação cooperativa, seu desenvolvimento econômico, social e cultural e o de erradicar a pobreza crítica, que constitui um obstáculo ao pleno desenvolvimento democrático dos povos do Hemisfério. (MAZZUOLI, 2015).

Outro ponto que interessa a este trabalho é o breve estudo dos órgãos que compõem a OEA, já que é por meio deles que a instituição desempenha suas funções. Além disso, como se verá adiante, alguns dos órgãos da OEA foram responsáveis pela assinatura de importantes convenções e tratados sobre direitos humanos.

Os órgãos são a Assembleia-geral, a Secretaria-Geral, a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, os Conselhos, a Comissão Jurídica Interamericana e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2015). Não há espaço, aqui, para se tratar de cada um dos órgãos individualmente, mas cabe fazer breves referências sobre a Comissão Jurídica Interamericana (CJA), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

A Comissão Jurídica Americana é órgão consultivo da OEA em assuntos jurídicos, com sede no Rio de Janeiro. Suas finalidades estão traçadas pelo artigo 99 da Carta de Bogotá⁵¹⁶. Ela é composta por onze juristas nacionais dos Estados-membros da OEA, sendo que a escolha dos seus membros é realizada de forma a tornar a representação geográfica mais equitativa possível.

Várias foram as contribuições deste órgão para o sistema regional americano, podendo-se citar os trabalhos para a elaboração da Convenção de Direito Internacional Privado, de 1928 (Código Bustamante) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (O Pacto de San Jose da Costa Rica), que foi assinada pelo Brasil e promulgada, internamente, pelo Decreto nº 678/1992.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, é órgão de vital importância para a OEA. Ela foi criada pela 5ª Reunião de Ministros das Relações Exteriores, realizada em Santiago, no Chile, em 1959, sendo que seu primeiro estatuto foi aprovado em 25 de maio de 1960 pelo Conselho da OEA. Ela é simultaneamente órgão da OEA e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Trata-se de órgão especialmente relevante para esta pesquisa, pois ele está encarregado de receber “[...] *as queixas individuais de cidadãos de Estados-membro e dá início ao procedimento de responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos*.”. (MAZZUOLI, 2015, p. 730).

Uma dessas denúncias foi a do “Caso do Trabalhador José Pereira (Caso 11.289),

516 A Comissão Jurídica Interamericana tem por finalidade servir de corpo consultivo da Organização em assuntos jurídicos; promover o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional; e estudar os problemas jurídicos referentes à integração dos países em desenvolvimento do Continente, bem como a possibilidade de uniformizar suas legislações no que parecer conveniente. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1948).

cujas descrições completas se encontram no Relatório de Solução Amistosa nº 95, de 24 de outubro de 2003, disponível na página oficial da CIDH.⁵¹⁷

Por fim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é órgão judicial criado pelo Pacto de San Jose da Costa Rica, que atuou no julgamento do caso “*Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde v. Brasil*”, em que o Brasil foi condenado pela prática do trabalho escravo, conforme sentença proferida em 20 de outubro de 2016.

Segundo Haddad e Miraglia, a Corte IDH, ao julgar o caso:

[...] examinou a questão da escravidão contemporânea e reconheceu a responsabilidade do Estado pela violação do direito a não ser submetido à escravidão e ao tráfico de pessoas, estabelecido no artigo 6.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. (2018, p. 28).

Assim, o artigo 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos é especialmente relevante para a solução do problema colocado neste trabalho, pois o tratado internacional proíbe o trabalho escravo em todas as suas formas, veja-se:

Artigo 6º - Proibição da escravidão e da servidão [...]

1. Ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1968).

Para fechar, vale frisar que, tanto o Relatório de Solução Amistosa n. 29/2003 (Caso 11.289 da CIDH), como a Sentença Proferida no Caso 12.066, pela Corte IDH, também são importantes instrumentos normativos relacionados à política de combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil.

Porém, como se verá no decorrer deste trabalho, o país não está cumprindo as determinações impostas em tais documentos.

4. OS PRINCIPAIS ATOS E TRATADOS SOBRE O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

Dentre os principais instrumentos normativos internacionais de combate ao trabalho escravo, pode-se citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Nesse sentido, cabe destacar a previsão do art. 4º desta declaração, que prescreve que: “[...] *ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.*”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Outro importante documento é a Convenção n. 105 da OIT, que foi devidamente aprovada pelo Decreto Legislativo nº 20/1965 e promulgada pelo Decreto 58.822, de 14.07.1966. O artigo 2º dispõe que qualquer membro que ratificar a referida Convenção se compromete “[...] *a adotar medidas eficazes, no sentido de abolição imediata e*

517 Conferir em: <<http://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>>.

completa do trabalho forçado ou obrigatório, tal como descrito no art. 1º da presente convenção.”. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1957).

Porém, o caso que forçou o Brasil a reconhecer a existência do trabalho escravo em seu território adveio da situação trágica vivenciada pelo trabalhador José Pereira (Caso nº 11.289), que, com apenas 17 anos, foi escravizado em uma fazenda localizada no Estado do Pará, denominada Fazenda Espírito Santo. (NOGUEIRA et al. 2014, p. 2).

Como visto no capítulo introdutório, o fato levou o Brasil a realizar um acordo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 2003, mas, segundo Palo Neto (2008), a Comissão Pastoral da Terra já vinha denunciando a Fazenda Espírito Santo desde 1987, o que mostra que o caso ficou parado durante anos, aguardando uma solução.

Conforme relatos de Nogueira e outros (2014), José Pereira tentou fugir do local, mas foi perseguido por capatazes. Nessa busca, a vítima levou dois tiros, um no rosto e outro na mão. Fingindo-se de morto, José Pereira conseguiu despistar os algozes e assim pediu socorro à Comissão Pastoral da Terra (CPT).

A CPT, por sua vez, em 1994, “[...] *levou o caso ao CEJIL (Centro pela Justiça e Direito Internacional), organização não governamental internacional, responsável pela denúncia à organização dos Estados Americanos.*”. (NOGUEIRA et al. 2014, p. 2).

Desde então o processo de José Pereira tramitou pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), sob o nº 12.289. Porém, foi somente em 24.02.1999 que a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou relatório conclusivo de que Brasil foi responsável pelas violações da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), devido à sua omissão no dever de prevenir a prática do trabalho escravo e punir os infratores, o que resultou, no ano de 2003, no acordo firmado pelo Brasil, em que este assume a responsabilidade pelos fatos.

Por este acordo, o Brasil reconheceu sua responsabilidade internacional, visto que os órgãos estatais não foram capazes de prevenir a prática de trabalho escravo, nem de punir os atores individuais das violações denunciadas. Além disso, o Brasil se comprometeu a adotar uma série de medidas preventivas, de fiscalização e repressão ao trabalho escravo no âmbito de seu território, a saber:

[...] 13. Considerando que as propostas legislativas demandarão um tempo considerável para serem implementadas na medida que dependem da atuação do Congresso Nacional, e que a gravidade do problema da prática do trabalho escravo requer a tomada de medidas imediatas, o Estado compromete-se desde já a: (i) fortalecer o Ministério Público do Trabalho; (ii) velar pelo cumprimento imediato da legislação existente, por meio de cobranças de multas administrativas e judiciais, da investigação e a apresentação de denúncias contra os autores da prática de trabalho escravo; [...] (JOSÉ PEREIRA [...] 2003).

Diante do exposto, conclui-se que a solução amistosa do Caso 12.289 representa importante fonte normativa do Direito Internacional e serve, ao lado dos demais tratados aqui citados, como fundamento para a defesa da hipótese ventilada neste trabalho, pois uma das cláusulas do acordo exige que o Brasil tome providências para garantir o cumprimento imediato da legislação existente (cláusula 13, item “ii”).

Mas não é só. Outro caso emblemático de trabalho escravo contemporâneo ocorrido no território brasileiro foi o dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Estado brasileiro, que foi julgado pela Corte IDH no ano de 2016. Os fatos ocorreram no Estado do Pará, mais precisamente em uma fazenda situada no município de Sapucaia.

No ano de 2000, 85 trabalhadores foram resgatados da Fazenda Brasil Verde, e foram basicamente estes os fatos que levaram a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), pela primeira vez, a julgar um caso de escravidão contemporânea e de tráfico de pessoas. (TRABALHADORES [...] 2016).

Trata-se do famoso “Caso 12.066”, que foi resultado de uma petição apresentada em 1998 pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela Comissão Pastoral da Terra à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).⁵¹⁸ (ARAS, 2016). No julgamento, ocorrido no ano de 2016, a Corte internacional

[...] entendeu que nosso País violou o direito de liberdade (especificamente o direito de não ser submetido a qualquer forma de escravidão ou servidão), o direito de acesso à justiça e a garantias judiciais e o direito à razoável duração do processo das 85 vítimas escravizadas no ano 2000 na Fazenda Brasil Verde, situada no Município de Sapucaia, no Estado do Pará, e também os direitos de outros 43 trabalhadores que foram resgatados na mesma propriedade em 1997, e que tampouco receberam proteção judicial adequada, o que equivaleu a negar-lhes acesso à Justiça. (ARAS, 2016).

Dessa forma, pode-se dizer que a sentença proferida pela Corte IDH, no Caso 12.066, integra outro capítulo importante da história brasileira no combate ao trabalho escravo contemporâneo. Nessa decisão, a Corte IDH destacou a importância do papel do Estado, consignando que não basta a abstenção de práticas que violem direitos, mas que os Estados adotem medidas positivas e apropriadas que visem à erradicação do trabalho escravo.

Ademais, a Corte IDH destacou que os Estados devem contar com um marco jurídico de proteção adequado para a proteção dos trabalhadores que estão submetidos a esta forma de exploração. Dada a importância deste julgamento, cabe transcrever breve trecho da sentença, como se segue:

316. [...] não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das particulares necessidades de

518 Ao encerrar sua investigação, a Comissão submeteu a questão à Corte em março de 2015, tendo advindo daí a quinta condenação do Brasil no sistema interamericano. (ARAS, 2016).

proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre.

317. Além disso, a proibição de não ser submetido à escravidão possui um papel fundamental na Convenção Americana, por representar uma das violações mais fundamentais à dignidade da pessoa humana, e, concomitantemente, a diversos direitos da Convenção (par. 306, *supra*). Os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições necessárias para que não ocorram violações a esse direito inalienável e, em particular, o dever de impedir que seus agentes e terceiros particulares atentem contra ele. A observância do artigo 6, relacionado ao artigo 1.1 da Convenção Americana, não apenas pressupõe que nenhuma pessoa seja submetida a escravidão, servidão, tráfico ou trabalho forçado, mas também requer que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para pôr fim a estas práticas e prevenir a violação do direito a não ser submetido a essas condições (...)

320. Em atenção a todo o anterior, conclui-se que os Estados devem adotar medidas integrais para cumprir a devida diligência em casos de servidão, escravidão, tráfico de pessoas e trabalho forçado. Em particular, os Estados devem contar com um marco jurídico de proteção adequado, com uma aplicação efetiva do mesmo e políticas de prevenção e práticas que permitam atuar de maneira eficaz diante de denúncia. A estratégia de prevenção deve ser integral, isto é, deve prevenir os fatores de risco e também fortalecer as instituições para que possam proporcionar uma resposta efetiva ao fenômeno da escravidão contemporânea (TRABALHADORES [...], 2016, p. 83-84).

Como se pode notar, existe uma história íntegra e coerente, desenvolvida especificamente no contexto da Organização dos Estados Americanos, em que o Brasil assumiu e reafirmou diversos compromissos no sentido de combater o trabalho escravo contemporâneo. Isso mostra que a legislação interna do país não pode estabelecer retrocessos, de modo a enfraquecer as políticas voltadas à erradicação da escravidão contemporânea.

5. O TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, até o início da década de 1990, o artigo 149 do Código Penal Brasileiro, de 1940, “[...] *era a única referência direta, no âmbito jurídico, para o combate àquela relação de trabalho*.” (VIEIRA, 2011, p. 93). O problema é que a redação originária do art. 149 do Código Penal era genérica e não descrevia precisamente que tipo de conduta levaria alguém a ser reduzido à condição análoga à de escravo. Assim dispunha a referida norma: “[...] *reduzir alguém à condição análoga à de escravo: Pena – reclusão de dois a oito anos*.” (BRASIL, 1940).

Essa redação aberta da norma gerava muita divergência entre magistrados e especialistas no tocante ao conceito do crime. Com isso, muitos juízes optavam pela absolvição do acusado “[...] *com fundamento no princípio do in dubio pro reo ou na atipicidade da conduta*.” (MESQUITA; FREITAS, 2016).

Por isso, em 2003, foi dado importante passo no combate à escravidão, quando a Lei nº 10.803 alterou a redação do art. 149 do Código Penal para explicitar quais seriam as situações que caracterizam a redução à condição análoga a de escravo. (CARNEIRO; COSTA, 2014, p. 25).

O Código Penal passou, então, a tipificar o crime de trabalho escravo contemporâneo nos seguintes termos:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (BRASIL, 1940).

Assim, como se verá logo adiante, o conceito de trabalho análogo à condição de escravo é amplo e abarca situações como:

Aliciamento de trabalhadores de outros Municípios e Estados, utilizando-se de intermediadores de mão de obra; prestação de serviços sob vigilância armada e com retenção de documentos ou objetos pessoais; ‘servidão por dívidas’ (*truck system*); alojamentos sem condições de habitação e instalações sanitárias sem condições de higiene; fornecimento inadequado de alimentação e de água potável; falta de fornecimento gratuito de instrumentos para a prestação de serviços, de equipamentos de proteção individual de trabalho e materiais de primeiros socorros; transporte sem segurança dos trabalhadores; descumprimento de normas básicas de segurança e medicina do trabalho.’ (GARCIA 2012, p. 60).

De início, deve-se observar que o tipo do artigo 149 foi inserido no Título I (Dos Crimes Contra a Pessoa), mais especificamente contra a liberdade pessoal (Capítulo IV), e não contra a organização do trabalho, demonstrando a preocupação da sociedade em tutelar o bem jurídico “liberdade”. (DELGADO; NOGUEIRA, RIOS, 2007).

Porém, a liberdade não é o único bem tutelado pelo crime de trabalho análogo ao de escravo (NOGUEIRA et al. 2014), pois, com a inclusão das figuras do trabalho forçado, degradante e jornada exaustiva, tutelou-se igualmente a dignidade humana. Essa ampliação da tutela (liberdade e dignidade) seguiu a tendência internacional de proteção às pessoas vítimas dessa exploração.

Assim, para autores como Nogueira e outros (2014, p. 4), o trabalho escravo contemporâneo “[...] *deve ser concebido, em verdade, como a exploração da mão de obra em condições ofensivas à dignidade do trabalhador, através do uso e descarte de seres humanos.*”

Além disso, com a alteração, o tipo do artigo 149 passou de uma norma penal aberta para um tipo penal alternativo, que é aquele que, para a sua caracterização, basta a comprovação da prática de alguma das condutas nele contidas. (MESQUITA; FREITAS, 2016). Por se tratar, então, de tipo penal alternativo, basta a prática de um só deles, que já estará devidamente configurado o crime.

Feita essa necessária introdução, passar-se-á, nas linhas abaixo, ao exame de cada uma das formas de execução do crime de redução da pessoa a condição análoga à de escravo.

Pois bem, no Brasil, o conceito de trabalho forçado é extraído da Convenção nº 29 da OIT, que foi ratificada e incorporada no sistema jurídico brasileiro pelo Decreto nº 41.721 de 1957. Assim, como visto, o art. 2º da aludida convenção dispõe que “[...] *a expressão trabalho forçado ou obrigatório, designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo, sob ameaça de qualquer qualidade, e para o qual ele não de ofereceu de espontânea vontade.*” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1930).

Nesse sentido, o trabalho escravo é tanto aquele “[...] *para o qual o trabalhador não tenha se oferecido espontaneamente, desde o início de sua prestação, como aquele exigido contra vontade do trabalhador, durante sua execução.*” (NOGUEIRA et al. 2014, p. 4).

Para Garcia (2012), existem três formas de ameaça ou coação, a saber, a coação moral, psicológica e a física. A primeira é aquela em que o empregador, de forma ilícita e fraudulenta, aproveita-se da pouca instrução dos trabalhadores, para envolvê-los em dívidas com a finalidade de impossibilitar o desligamento do trabalhador, o que caracteriza o regime de servidão por dívidas (*truck system*).

Já a coação psicológica é aquela exercida mediante a ameaça emprego de violência, a fim de que os trabalhadores permaneçam trabalhando e não tentem a fuga, podendo haver a utilização de empregados armados para exercerem esta coação. Por fim, a coação física é a forma pela qual os trabalhadores são efetivamente submetidos a toda a sorte de castigos físicos, podendo ser inclusive assassinados, como punição exemplar aos demais.

Já a jornada exaustiva, de acordo com Greco (2008), é aquela que esgota as forças do trabalhador, minando sua saúde física e mental. Este autor ainda contribui fazendo divisão importante, afirmando que existem duas formas para caracterizar a jornada exaustiva: por “duração” do trabalho, ou seja, pela quantidade de horas exigidas do trabalhador, ou por “produção” do trabalho, referente não ao tempo, mas à intensidade da atividade imposta à vítima.

Pereira (2014), por sua vez, define a jornada exaustiva como aquela que extrapola de forma constante e persistente a legalmente permitida (8 horas diárias e até 2 extraordinárias).⁵¹⁹ Este autor ainda esclarece que este tipo de trabalho traz reflexos negativos, como raciocínio mais lentos, maior propensão a acidentes, além de problemas de saúde relacionados ao cansaço.

É importante também não confundir a jornada excessiva, prática irregular que pode ensejar a aplicação de sanções como multa, pagamento de indenização etc., da jornada exaustiva, esta sim, caracterizadora do crime previsto no artigo 149.

Para diferenciá-las, Nogueira e outros (2014, p. 5) sustentam que: “[...] *a jornada exaustiva é aquela em que, de tão impactante à higidez física e psíquica do trabalhador, este não consegue repor suas energias até o início da jornada seguinte.*”.

Sobre este ponto específico, Busato (2017, p. 329) defende que a diferenciação entre uma e outra deve ser feita com base no caso concreto:

Há de ser feita uma análise tópica, caso a caso, para a identificação da condição de excesso na jornada de trabalho. É claro que a constatação do excesso depende da natureza do trabalho exercido, e das situações em que os estudos teóricos já identificaram os limites razoáveis da atividade laborativa específica.

Seguindo com o exame das formas de execução, verificou-se que o trabalho em condições degradantes é aquele que não fornece ao trabalhador as condições mínimas para o exercício da sua dignidade. Para Luís Antônio Camargo de Melo (2003), é aquele que se processa em péssimas condições laborais e de remuneração.

De uma forma mais precisa e detalhada, José Claudio Monteiro Brito Filho (2018, p. 100) afirma que “[...] *trabalho em condições degradantes é aquele que há falta de garantias mínimas de saúde e segurança, além da falta de condições mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação.*”.

Nesse sentido, Mesquita e Freitas (2016) fornecem estatísticas extraídas de relatórios de fiscalização do Grupo Especial Móvel do MTE, que apontam as seguintes características do trabalho desenvolvido em condições degradantes:

1 – deixar de manter abrigo para proteger os trabalhadores contra intempéries nos trabalhos a céu aberto; 2- manter empregado trabalhando sob condições contrárias às disposições de proteção ao trabalho; 3- deixar de disponibilizar aos trabalhadores instalações sanitárias; 4- deixar de disponibilizar aos trabalhadores locais para refeição; 5- deixar de disponibilizar aos trabalhadores alojamentos, quando houver permanência deles no estabelecimento nos períodos entre as jornadas de trabalho;

De acordo com as informações coletadas por Pereira (2014), o trabalho degradante é aquele em que não se dá água potável aos obreiros, pois as águas fornecidas

519 O tema das horas extras tem previsão Constitucional, conforme o artigo 7º, incisos XVIII e XIX e estão regulamentados pela legislação infraconstitucional, de acordo com o artigo 57 e seguintes da CLT.

são geralmente de um rio, córrego um buraco infecto. É aquele em que não se fornece os EPI's aos trabalhadores, os quais ficam sujeitos a todo o tipo de acidentes (cortes, perfurações nos olhos, amputações etc); e também aquele em que não se fornece um alojamento digno.

É possível se falar, portanto, que existe um tripé da degradância (HADDAD, MIRÁGLIA, 2018, p. 52), pois segundo os relatórios das fiscalizações realizadas, na maioria dos casos, verificam-se: alojamentos precários, ausência de instalações sanitárias e falta de água potável.

Já a servidão por dívidas se caracteriza quando “[...] *o empregado tem sua liberdade de locomoção cerceada por qualquer meio, seja ele físico ou psicológico, em razão de suposta dívida contraída com o empregador ou seus prepostos.*” (MESQUITA; FREITAS, 2016). Nesse sistema, também conhecido como servidão por dívida, *truck system*, ou ainda, sistema de barracão, o trabalhador

[...] é forçado a adquirir produtos do estabelecimento do empregador, por valores acima daqueles praticados no mercado, contrariando o disposto no artigo 462, §§2º e 3º⁵²⁰, da CLT, bem como a Convenção n. 95 da OIT⁵²¹” (MESQUITA; FREITAS, 2016).

Outra forma de execução do crime tipificado no artigo 149 do CP é o cerceamento do uso de transporte, que também cerceia a liberdade de locomoção do trabalhador, mas não em função de uma suposta dívida contraída. Aqui, o empregador impede o trabalhador de ter acesso aos meios de transporte com a finalidade de retê-lo no local de trabalho. (MESQUITA; FREITAS, 2016).

Já a manutenção de vigilância ostensiva se verifica quando o empregador mantém prepostos para fiscalizar a atividade dos trabalhadores, os quais ficam impedidos de deixar o local sem sua autorização expressa. Em casos mais graves, verifica-se a presença de homens armados que exercem ameaça sobre os trabalhadores.

Por fim, o apoderamento de documentos ou objetos pessoais, de acordo com Mesquita e Freitas (2016), se caracteriza

[...] quando o empregador retém os documentos do empregado supostamente para realizar o registro do funcionário, mas não os devolve enquanto não liberar o trabalhador das suas atribuições, objetivando com isto manter o empregado no local de trabalho até a conclusão dos serviços ou o pagamento das dívidas ilegais que lhes são impostas.

520 Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo. (...) § 2º - É vedado à empresa que mantiver armazém para venda de mercadorias aos empregados ou serviços estimados a proporcionar-lhes prestações "in natura" exercer qualquer coação ou induzimento no sentido de que os empregados se utilizem do armazém ou dos serviços. § 3º - Sempre que não for possível o acesso dos empregados a armazéns ou serviços não mantidos pela Empresa, é lícito à autoridade competente determinar a adoção de medidas adequadas, visando que as mercadorias sejam vendidas e os serviços prestados a preços razoáveis, sem intuito de lucro e sempre em benefício dos empregados. (BRASIL, 1943).

521 Art. 7º - 1. Quando em uma empresa forem instaladas lojas para vender mercadorias aos trabalhadores ou serviços a ela ligados e destinados a fazer-lhes fornecimentos, nenhuma pressão será exercida sobre os trabalhadores interessados para que eles façam uso dessas lojas ou serviços. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1949).

Essas são, portanto, as formas de execução do crime de redução da pessoa a condição análoga à de escravo, prevista no artigo 149 do CP.

Contudo, o entendimento que tem prevalecido até o momento é no sentido de que as formas típicas de execução do artigo 149 do CP, especialmente o trabalho degradante e a jornada exaustiva, não autorizam a aplicação da pena de expropriação prevista no artigo 243 da Constituição de 1988.

6. O ARQUIVADO PLS Nº 432/2013

A proposta legislativa que se destinava a regulamentar o artigo 243 da Constituição era o PLS nº 432, de 18 de outubro de 2013, de autoria da Comissão Mista criada pelo Ato Conjunto dos Presidentes do Senado e da Câmara nº 2. Os verbos foram conjugados no passado porque, como se verá mais adiante, a proposta de lei foi arquivada no final de 2018.

Seja como for, o estudo da tramitação do projeto será importante para este trabalho, pois demonstrará como o Poder Legislativo brasileiro pretendia regulamentar o dispositivo Constitucional.

O primeiro e certamente o mais importante problema é que a versão original do PLS 432/2013 tipificou a conduta do trabalho escravo, prevista no artigo 243 da CR/88, de forma bem diferente daquela prevista no artigo 149 do Código Penal⁵²².

Como o leitor pode observar, o PLS 432/2013 não incluiu no tipo legal as figuras da jornada exaustiva e do trabalho degradante, presentes da composição do núcleo do crime previsto na lei penal. Na justificativa do projeto, que foi apresentada pouco antes da aprovação da EC nº 81/2014, seus proponentes defendiam a necessidade de uma definição jurídica mais clara do que vem a ser trabalho escravo para fins de expropriação⁵²³.

Essa posição foi mantida durante a tramitação do projeto de lei, pois, em 11.11.2014, a Comissão Mista aprovou parecer relatado pelo Senador Romero

522 O texto original do PLS 432/2013 assim dispunha: Art. 1º [...] §1º Para fins desta lei, considera-se trabalho escravo: I – a submissão a trabalho forçado, exigido sob ameaça de punição, com uso de coação, ou que se inclui de maneira involuntária, ou com restrição da liberdade pessoal; II – o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; III – a manutenção da vigilância ostensiva no local de trabalho ou a apropriação de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. IV – a restrição, por qualquer meio, da locomoção do trabalhador em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. (COMISSÃO MISTA, 2013).

523 Encontra-se em exame no Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 57-A, de 1999, de autoria do Senador Ademir Andrade. A proposição prevê a desapropriação das terras em que for constatada a exploração de trabalho escravo, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Há praticamente um consenso de que essa providência é justa, na medida em que não se pode compactuar com a existência, ainda, de bolsões de exploração do ser humano, em que o trabalhador está submetido a condições indignas, com cerceamento total da liberdade e sem oferecimento de qualquer perspectiva de futuro. O grau de desumanidade presente nesses ambientes de trabalho é chocante e, via de regra, perceptível ao primeiro contato com as condições em que o trabalho se realiza. Mas, no campo dos conceitos, as certezas não são tão claras e há uma carga de subjetividade nas análises dos fatos. O que é sumamente revoltante para alguns pode não o ser para outros, principalmente porque as condições de trabalho em geral não são lá essas maravilhas nos campos distantes, nas minas, nas florestas e nas fábricas de fundo de quinta [...] Então, para que tenhamos uma base jurídica mais clara a respeito dos limites da expropriação de propriedades urbanas e rurais, precisamos estabelecer um conceito legal aplicável ao trabalho escravo. (COMISSÃO MISTA..., 2013, p. 74.163-74.168).

Jucá, que rejeitou as propostas feitas pelas Emendas nº 2, 4, 8, 12, 20, 27, 34, 40, 42 e 51 que pediam a inclusão da jornada exaustiva e do trabalho degradante no conceito de trabalho escravo. A proposta foi recusada pelo seguinte motivo: “[...] *ante a fluidez daquilo que se possa considerar como sendo jornada exaustiva ou condições degradantes de trabalho, não se recomenda a cristalização na lei*”. (COMISSÃO MISTA..., 2014)⁵²⁴.

Seguindo com a análise da tramitação, observou-se que, em 26.02.2016, foi designado o senador Paulo Paim como relator da matéria na CCJ. O Projeto ficou no gabinete desse parlamentar durante quase um ano, até que, em 16.02.2017, o mesmo apresentou seu relatório, com voto favorável.

Porém, verificou-se que o Senador Paulo Paim divergiu do Parecer nº 38/2014, pois entendeu que a jornada exaustiva e as condições degradantes deveriam integrar o conceito de trabalho escravo⁵²⁵. Além da justificativa, o relatório também propõe a especificação do conteúdo das condições degradantes de trabalho, para lhe proporcionar mais concretude, clareza e segurança jurídica.

Assim, constatou-se que o projeto substitutivo da CCJ tinha a vantagem de incluir as figuras da jornada exaustiva e das condições degradantes de trabalho no núcleo do tipo legal. Sucede que, em 30.03.2017, foi juntado requerimento do senador Romero Jucá, para que fosse promovida a tramitação conjunta do PLS 432/2013 com o Projeto de Lei da Câmara nº 169, de 2009.⁵²⁶ Esse Requerimento recebeu o nº 213/2017 e foi encaminhado para publicação em 04.04.2017. Diante disso, o projeto ficou estagnado, aguardando a inclusão na ordem do dia para apreciação.

Verificou-se, então, outro longo período de inércia, sendo que, no dia 15.09.17, foi juntado, aos autos do PLS 432/2013, cópia do Ofício-Circular nº 21/2017/GAB-SEPPPIR-MJ, do Ministério dos Direitos Humanos, assim como da cópia da respectiva carta resposta, encaminhada pelo Presidente do Senado Federal, Senador Eunício Oliveira.

Compulsando tais documentos, verificou-se que se trata de ofício assinado pela então Ministra de Estado de Direitos Humanos, Luislinda Dias de Valois Santos, pelo

524 No Dia 13.11.2014, o referido parecer foi publicado no Diário do Senado Federal sob o nº 38 (Parecer nº 38, de 2014-CN).

525 Não é por acaso que o crime previsto no art. 149 do Código Penal Brasileiro (CP) estabelece quatro principais hipóteses de tipificação: i) o trabalho forçado; ii) as jornadas exaustivas; iii) as condições degradantes; iv) e a restrição de locomoção em razão de dívida. Ao defini-las, o Brasil reconheceu a essência da escravidão inerente a sua memória histórica, como uma restrição da liberdade enquanto autodeterminação e livre-arbítrio, e não enquanto mero direito de locomoção. Com isso, o País acolheu a perspectiva de que o valor fundamental violado com este tipo de prática é a dignidade da pessoa humana, dando o correto enquadramento ao fenômeno. (COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO..., 2017, p. 6-11).

526 De acordo com a sua Ementa, o PL 169/2009, de iniciativa do Deputado Federal Walter Pinheiro, dispõe sobre a proibição de entidades brasileiras ou sediadas em território nacional estabelecerem contratos com empresas que explorem trabalho degradante em outros países. Informação disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/93110>>. Acesso em 04 jun. 2018.

qual esta relata que a ANAMATRA e outros diversos órgãos⁵²⁷ pediram apoio político para a apreciação dos Projetos de Lei 169/2009 e 432/2013 e sobretudo para a defesa da definição legal do trabalho em condições análogas à de escravo. (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2017).

Nessa carta, os mencionados órgãos advertiram que, por força do disposto no artigo 260 do Regimento Interno do Senado⁵²⁸, se fosse aprovado o requerimento de tramitação conjunta do PL 169/2009 e do PLS 432/2013, teria precedência o projeto da Câmara sobre o do Senado. Por esse e outros motivos, os mencionados órgãos pediram à Ministra de Estado de Direitos Humanos que fosse articulada junto à base parlamentar governista posição favorável ao relatório apresentado pelo Senador Paulo Paim, no PLS 432/2013.

Porém, apesar do esforço das diversas entidades citadas, o Requerimento nº 213/2017 foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal em 15.03.2018, sendo determinada a tramitação conjunta do PLS 432/2013 e do PL nº 169/2009. Depois disso, ambos os projetos foram remetidos, em 16/08/2018, à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa para a designação de relator.

Como se pode notar, o PLS 432/2013 ficou engavetado nos escaninhos do Senado Federal, e não havia qualquer perspectiva de aprovação da matéria em curto prazo. Mas o pior ainda estava por vir, pois, no dia 21 de dezembro de 2018, o PLS 432/2013 simplesmente foi arquivado, nos termos do §1º do art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal⁵²⁹.

Essa inércia do governo brasileiro revela um total descompromisso com as normas estabelecidas no âmbito da Organização dos Estados Americanos, no tocante à política de combate ao trabalho escravo contemporâneo, que está sendo completamente desmantelada, como será demonstrado no próximo capítulo.

527 Os órgãos que se dirigiram ao Ministério dos Direitos Humanos para pedir apoio político foram a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Rurais Agricultores e Agricultoras Familiares (CONTAG), a Comissão Pastoral da Terra (CPF), a Defensoria Pública da União (DPU), o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público do Trabalho (MPT), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a ONG Repórter Brasil e o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho.

528 Art. 260. Na tramitação em conjunto, serão obedecidas as seguintes normas: I - ao processo do projeto que deva ter precedência serão apensos, sem incorporações, os dos demais; II - terá precedência: a) o projeto da Câmara sobre o do Senado; b) o mais antigo sobre o mais recente, quando originários da mesma Casa; (BRASIL, 2015).

529 Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto: I - as originárias da Câmara ou por ela revisadas; II - as de autoria de Senadores que permaneçam no exercício de mandato ou que tenham sido reeleitos; III - as apresentadas por Senadores no último ano de mandato; IV - as com parecer favorável das comissões; V - as que tratem de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional (Const., art. 49); VI - as que tratem de matéria de competência privativa do Senado Federal (Const., art. 52); VII - pedido de sustação de processo contra Senador em andamento no Supremo Tribunal Federal (Const., art. 53, §§ 3º e 4º, EC nº 35/2001). § 1º Em qualquer das hipóteses dos incisos do caput, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado. § 2º Na hipótese do § 1º, se a proposição desarquivada não tiver a sua tramitação concluída, nessa legislatura, será, ao final dela, arquivada definitivamente. (BRASIL, 2015).

7. O DESMONTE DA POLÍTICA DE COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL

A política de combate ao trabalho escravo, até então adotada pelo Brasil, tida como referência pela ONU, perdeu muito sua força nos últimos quatro anos. Há quem diga que o atual governo vem realizando um verdadeiro desmonte ou desmantelamento estrutural da política nacional de combate ao trabalho escravo no país.

Essa é a posição da Defensoria Pública da União (DPU), externada em nota de repúdio publicada após a edição da Portaria nº 1129/2017, pelo Ministério do Trabalho, que alterou o conceito de trabalho escravo previsto na legislação brasileira. (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2017).

Nessa nota, a DPU esclarece que esse desmantelamento é resultado de alguns recentes episódios, tais como: *i*) a edição da Portaria 1129/2017⁵³⁰; *ii*) a resistência na divulgação da lista suja do trabalho escravo; *iii*) a redução de recursos orçamentários para atuação nos grupos móveis de fiscalização e *iv*) a exoneração do chefe da Divisão de Erradicação do Trabalho Escravo do Ministério do Trabalho.⁵³¹ (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2017).

De fato, várias notícias divulgadas na internet confirmam a denúncia feita pela DPU. Dentre elas, pode-se citar a reportagem veiculada em outubro de 2017 pelo jornal *El País*. Em análise dos números, observa-se que o Governo de Michel Temer realizou um corte de 50% no orçamento alocado:

De acordo com a Lei Orçamentária Anual, 3,2 milhões de reais haviam sido previamente alocados para as ações de fiscalização em 2017. Mas devido ao contingenciamento apresentado pelo Governo de Michel Temer em função do ajuste fiscal, o valor foi reduzido para 1,6 milhão de reais. A maior parte, 1,4 milhão, já havia sido gasta até setembro, e o dinheiro restante já estaria comprometido, diz o documento do Inesc. (ALESSI, 2017)

Outras fontes, como o jornal eletrônico Rede Brasil Atual (RBA), demonstram, a partir de entrevistas realizadas com auditores fiscais, que o corte do orçamento do setor foi de 70%, e também que o número de auditores foi o menor em 20 anos. A reportagem deixa claro na manchete a existência do retrocesso social na política do Governo Michel Temer⁵³².

530 O STF acolheu pedido liminar formulado nos autos da ADPF nº 489, de 2017 e determinou a suspensão dos efeitos da Portaria 1129. (BRASIL, 2017).

531 Trata-se da exoneração de André Roston, como mostra a reportagem divulgada no Jornal *El País*: “[...] Na terça-feira foi publicado no Diário Oficial da União a exoneração de André Roston, então chefe da Detrae. De acordo com a coluna *Painel* do jornal *Folha de S. Paulo*, seu cargo virou moeda de troca com parlamentares após ele despertar a ira da base aliada ao criticar os cortes de gasto no departamento. Em uma audiência pública no Senado Federal, Roston afirmou que a fiscalização contra o trabalho escravo encontrava-se parada devido à falta de verbas: “Hoje, com o atual cenário, a gente não tem condições de fazer nenhuma operação”. O Ministério Público do Trabalho divulgou nota criticando a demissão do servidor. “Estamos convictos de que a exoneração compromete a erradicação dessa violação aos direitos humanos e revela a inexistência de vontade política e o descompromisso do atual Governo com o enfrentamento do problema”. Já o Ministério do Trabalho respondeu em nota, afirmando que “funções de chefia são transitórias, e o combate ao trabalho escravo não depende de uma pessoa”. Ainda de acordo com o texto, “muitas vezes, substituições de chefias ocorrem para aprimorar aquilo que vem se realizando (...) O combate ao trabalho escravo e infantil é uma das prioridades do Ministério”. [...] (ALESSI, 2017).

532 A manchete diz: “*Retrocessos: Temer Retira 70% da verba de combate ao trabalho escravo, apontam auditores*”.

Esse corte no orçamento impactou diretamente nas estatísticas, pois, como aponta reportagem veiculada no Jornal “O Globo”, o número de resgatados do trabalho escravo caiu 46% em 2017, em comparação com 2016. Segundo os números divulgados, foram 751 resgates em 2016 contra 404 em 2017. (MARIZ, 2018).

Tudo indica que a situação tende a piorar, pois o candidato eleito à Presidência da República, em 2018, Jair Bolsonaro-PSL, extinguiu o Ministério do Trabalho, e isso demonstra que o Brasil muito provavelmente não dará seguimento com a política ostensiva de fiscalização para tentar evitar a prática da escravidão contemporânea no país.

Aliás, a extinção do citado órgão acaba contrariando os termos da Solução Amistosa nº 29 nº 95/03, cujo item 13, “i”, acima analisado, exige que o Brasil adote medidas para reforçar o Ministério do Trabalho.

Outro fator que reforça a tese do desmonte das políticas públicas é que o próprio programa de governo de Jair Bolsonaro já previa a proposta de retirar da Constituição qualquer relativização da propriedade privada, tal como impõe a medida expropriatória criada pela EC 81/2014.⁵³³

Como o leitor verá adiante, a Emenda Constitucional n. 81 de 2014 foi aquela que inseriu na Constituição da República de 1988 mais uma possibilidade de expropriação de terras urbanas e rurais, em razão da prática da exploração do trabalho escravo, na forma da lei.

A verdade é que Bolsonaro já manifestava sua oposição à referida norma muito antes de sua aprovação, em 2014. Na sessão plenária do dia 12 de dezembro de 2012, por exemplo, que foi transmitida pela TV SENADO⁵³⁴, ele, na condição de Deputado Federal, chegou a dizer que a PEC do trabalho escravo significava o fim da propriedade privada.

O que se vê, portanto, é um movimento cíclico na história, pois o atual governo, rompendo com as medidas até então desenvolvidas pelo país, dá sinais claros que promoverá uma política muito mais direcionada à proteção do direito de propriedade do que ao aprimoramento de medidas eficazes de combate às formas contemporâneas de escravidão.

Porém, essa nova política não é coerente com a história e os princípios adotados pela comunidade brasileira, no tocante ao combate do trabalho escravo contemporâneo, e está em desalinho com as normas internacionais que se destinam à proteção dos trabalhadores contra esta prática criminosa.

Notícia publicada em 04 jul. 2018 em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2018/07/com-70-menos-verba-combate-ao-trabalho-escravo-reduz-apontam-audidores>>. Acesso em 09 nov. 2018.

533 Para conferir a íntegra do Programa, consultar em: <https://flaviobolsonaro.com/PLANO_DE_GOVERNO_JAIR_BOLSONARO_2018.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2018.

534 Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=GfYXB6LMjPo>>. Acesso em: 26 mai. 2018.

8. CONCLUSÃO

A partir dos resultados obtidos neste trabalho, conclui-se que não há necessidade de edição de uma lei ordinária para a aplicação da pena expropriatória, que está prevista no artigo 243 da Constituição de 1988, pois este entendimento é o que mais se harmoniza com alguns atos normativos internacionais, como o artigo 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Solução Amistosa nº 25/2003 (Caso nº 11.289), firmada entre o Brasil e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e a Sentença de 20 de outubro de 2006, proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como visto, o artigo 6º do Pacto de *San Jose da Costa Rica* proíbe a escravidão e a servidão, em todas as suas formas, e isso inclui o trabalho degradante e a jornada exaustiva, pois isso não faz sentido exigir a edição de uma nova lei que não contemple essas formas de execução na sua hipótese de incidência.

O próprio PLS 432/2013, em sua versão original, não incluía essas elementares típicas no conceito de trabalho escravo, mas a situação mudou completamente quando a CCJ apresentou seu parecer, por meio do qual o relator, senador Paulo Paim, defendeu a necessidade da inclusão do trabalho degradante e da jornada exaustiva no texto definitivo da lei.

Porém, todo o esforço empreendido na construção do núcleo do crime de exploração do trabalho escravo foi em vão, pois algumas estratégias políticas foram usadas (pedidos de vista, de tramitação conjunta etc) para retardar a tramitação do PLS 432/2013, que acabou sendo arquivado no final de 2018.

Essa atitude omissiva do Estado brasileiro viola o que está previsto no item *ii*, da cláusula décima terceira da Solução Amistosa nº 95/2003, que exige que o Brasil vele pelo imediato cumprimento da legislação existente, por meio de cobranças de multas administrativas e judiciais, da investigação e a apresentação de denúncias contra os autores da prática de trabalho escravo.

Além disso, a tese que classifica a norma do artigo 243 da CR/88 como de eficácia limitada também não se coaduna com as determinações impostas pela sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, isso porque o item 320 da citada decisão dispõe que os Estados deverão contar com um marco jurídico de proteção adequado e estar aparelhados com políticas preventivas e práticas que permitam uma atuação eficaz diante das denúncias.

Entretanto, essas exigências não estão sendo observadas, pois o governo brasileiro vem insistindo com edição de atos normativos (a versão inicial do PLS/432/2013 e a Portaria 1129/2017, por exemplo) que conceituam o trabalho escravo de forma diversa do que está previsto no artigo 149 do Código Penal.

Isso revela que o Brasil não vem cumprindo as diretrizes traçadas não apenas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, mas por outros atos normativos provenientes da Organização dos Estados Americanos, pois, de acordo com as informações obtidas, o governo vem cortando gastos ao determinar a redução de orçamentos e do quadro de servidores das instituições ligadas ao combate à escravidão contemporânea.

Por isso, o momento é oportuno para se discutir e rever a política brasileira de combate ao trabalho escravo, que está totalmente desalinhada com as diretrizes fixadas pelas normas internacionais.

BIBLIOGRAFIA

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. ACP nº 000450-57.2017.5.23.0041. Vara do Trabalho de Colíder/MT (TRT 23ª Região). Pesquisa a base de dados do sistema PJe, via certificado digital. Petição eletrônica protocolada em 11 out. 2018. Id. 1b74bcd. Disponível em: <<https://pje.trt23.jus.br/primeirograu/download.seam?cid=161275>>. Acesso em 29 dez. 2018.

ALESSI, Gil. Corte Drástico de Verba faz fiscalização do trabalho escravo despencar no Governo Temer. Cifra de pessoas resgatadas em 2017 não chega à metade do contingente de 2016. Responsável do setor que criticou situação financeira foi exonerado nesta semana. *Jornal El País*. Publicado em: 14 out. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/11/politica/1507733504_551583.html> Acesso em 09 nov. 2018.

ARAS, Vladimir. Escravidão: O Caso da Fazenda Brasil Verde. O retrato de um país cinzento e que ainda não saiu das sombras. *JOTA. Opinião & Análise*. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/escravidao-o-caso-fazenda-brasil-verde-22122016>>. Acesso em 09 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. APDF nº 489/2017. Rel. Rosa Weber. Diário Judicial Eletrônico, 23 out. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13934664&prcid=5293382&ad=s#>>. Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. Vara do Trabalho de Colíder/MT (TRT 23ª Região). ACP nº 0000450-57.2017.5.23.0041. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 02 out. 2018. Disponível em: https://pje.trt23.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=266796&p_grau_pje=1&popup=0&dt_autuacao=&cid=428672>. Acesso em 29 dez. 2018.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho Decente. Análise Jurídica da Exploração do Trabalho – Trabalho Escravo e outras formas de Trabalho Indigno*. 5ª Edição. São Paulo, LTr: 2018.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte especial (artigos 121 a 234c do Código Penal)*. 3ª Edição. Atlas, São Paulo: 2017. recurso online ISBN 9788597010374.

CARNEIRO, Anna Carolina. Considerações Sobre o Enfrentamento do Trabalho Escravo no Brasil. Revista Jurídica *Consulex*. Editora *Consulex*. Da Escravidão à Expropriação. Ano XVIII – Nº 424, 15 set. 2014, p. 24 e 25.

CARNEIRO, Carla Maria dos Santos; COSTA, Leandro Marmo Carneiro Costa. Da Escravidão à Expropriação. Revista Jurídica *Consulex*. Editora *Consulex*. Ano XVIII – Nº 424, 15 set. 2014. p. 32-33.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Nota de Repúdio à Portaria 1.129/2017, ao Esvaziamento do Conceito de Trabalho Escravo e ao Desmonte das Políticas Públicas de Fiscalização do Trabalho Escravo no Brasil. DPU Repudia Portaria que tenta esvaziar conceito de trabalho escravo no Brasil. Assessoria de Comunicação Social, 16 out. 2017. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/noticias-defensoria-publica-da-uniao/233-sli-deshow/39815-dpu-repudia-portaria-que-tenta-esvaziar-conceito-de-trabalho-escravo-no-brasil>>. Acesso em 20 dez. 2017.

DELGADO, Gabriela Neves; NOGUEIRA, Lílian Katiusca Melo; RIOS, Sâmara Eller Rios. Trabalho Escravo: Instrumentos Jurídico-Institucionais para a Erradicação no Brasil Contemporâneo. Revista *Magister de Direito*

Trabalhista e Previdenciário nº 21. Nov-Dez/2007, p. 53-73.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Trabalho Escravo Forçado e Degradante: Trabalho Análogo a Condição de Escravo e Expropriação da Propriedade. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. Editora Síntese, RST Nº 278, ago. 2012, p. 55 a 63.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte especial. 5 ed. Impetus.v.2, Niterói-RJ: 2008. p. 543.

HADDAD, Carlos H. B.; MIRÁGLIA, Livia M. M. (Coord). Lucas Fernandes Monteiro, Marcela Rage Pereira, Marina de Araújo Bueno (Colaboradores). Trabalho Escravo: Entre os achados da fiscalização e as respostas judiciais. Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas da Faculdade de Direito da UFMG. Editora Tribo da Ilha: Florianópolis, 2018.

JOSÉ PEREIRA, Brasil, Relatório No.. 95/03, Caso No. 11.289, Solução Amistosa, 24 outubro 2003. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>> Acesso em: 24 jan. 2018.

MARIZ, Renata. Número de resgatados do trabalho escravo cai 46% em 2017. Quantidade de inspeções também foi reduzida, de 207 para 184. **O GLOBO**. Publicada em 26 jan. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/numero-de-resgatados-do-trabalho-escravo-cai-46-em-2017-22334457>>. Acesso em 09 nov. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 9ª Edição, Editora Revista dos Tribunais (Thomson Reuters), São Paulo: 2014.

MELO, Luís Antônio Camargo de. Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. n. 26, vol. 13, p. 15. Brasília, set. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª Ed. Rev. e Atual. Saraiva. São Paulo, Saraiva: 2017.

MESQUITA, Valena Jacob Chaves; FREITAS, Luiza Cristina de Albuquerque. Trabalho em Condições Análogas ao de Escravo: O Reconhecimento Jurisprudencial do Conceito Fundamentado na Tutela da Dignidade. In: XXV ENCONTRO NACIONAL CONPEDI – BRASÍLIA-DF. Florianópolis, Conpedi: 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/od9961w9/8kzDrXdzPUfWnJG2.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2017.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. Ofício nº 21/2017/GAB-SEPP/IR/SEPP/IR-MJ que foi juntado aos autos do PLS 432/2013. Solicita Apoio Político à proteção do instrumental normativo de combate à escravidão, sobretudo na defesa da definição legal do trabalho em condições análogas à de escravo. 07 abr. 2017. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7188566&disposition=inline>>. Acesso em 04 jun. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Grupo Econômico Familiar de MT é condenado a pagar R\$ 6 milhões por trabalho escravo. Notícia veiculada no site institucional em 05 out. 2018. Disponível em: <<http://www.prt23.mpt.mp.br/2-uncategorised/1023-grupo-economico-familiar-de-mt-e-condenado-a-pagar-r-6-milhoes-por-trabalho-escravo>>. Acesso em 24 dez. 2018.

NOGUEIRA, Christiane V; FABRE, Luiz Carlos M.; KALIL, Renan B.; CAVALCANTI, Tiago M.; Recentes Avanços Legislativos no Combate à Escravidão. *Revista dos Tribunais Online. Revista de Direito do Trabalho*, v. 158/2014, Jul-Ago/2014, p. 1-14. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br>>. Acesso em 15 jan. 2018.

PALO NETO, Vito. *Conceito Jurídico e Combate ao Trabalho Escravo Contemporâneo*. Ed. LTR, São Paulo: 2008.

PEREIRA, Cícero Rufino. O “Velho” Trabalho Escravo e As Perspectivas do Tema a Partir da EC 81/2014. *Revista dos Tribunais Online. Revista do Direito do Trabalho*, v. 159/2014, Set/2014, Thomson Reuters, p. 1-24

VIEIRA, Marciano Max Rodrigues. Denúncias de Trabalho Escravo. In: FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, Adonia Antunes; JÚNIOR, Horácio Antunes de Sant’ana. (org). *Trabalho Escravo Contemporâneo: um debate interdisciplinar*. Ed. Maud X, Rio de Janeiro: 2011. p. 79 a 95

15.

APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PARA ERRADICAÇÃO DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL: O CASO TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE C. BRASIL

Patricia Grazziotin Noschang

RESUMO: A erradicação a condição análoga a de escravo no Brasil é um desafio que vem sendo enfrentado desde que o país assumiu publicamente sua responsabilidade por omissão. Com o suporte metodológico da abordagem dedutiva e da pesquisa bibliográfica, a problemática especificamente enfrentada consiste em examinar a tentativa insuficiente do governo brasileiro em erradicar o trabalho escravo no Brasil frente ao controle de convencionalidade das normas internacionais e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Como exemplo fático desta ineficácia utilizou-se o caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil* que ocasionou a primeira condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de trabalho escravo no Sistema Interamericano.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de convencionalidade. Direito internacional do trabalho. Trabalho Escravo. Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Trabalho escravo no Brasil: da legislação aos fatos; 3. Controle de convencionalidade das normas da Organização Internacional do Trabalho e da Convenção Americana de Direitos Humanos: a proibição da escravidão no caso da Fazenda Brasil Verde; 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O controle de convencionalidade ocorre quando o Estado signatário realiza a adequação do seu ordenamento jurídico interno às normas/compromissos internacionais (tratados) a que se vinculou.

O termo convencionalidade surgiu na França, em um julgamento do Conselho Constitucional francês em 1975. Na Decisão nº 74-54 DC, o Conselho se declarou incompetente para analisar se uma lei interna era compatível com um tratado, no caso, a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Na oportunidade, o Conselho entendeu que sua competência abrangia apenas fazer o controle de constitucionalidade, ou seja, examinar a compatibilidade da lei com a Constituição francesa e não um “controle de convencionalidade”. A partir desta decisão, o Conselho reconheceu que uma norma interna deve passar por “dois crivos” de compatibilidade para que seja considerada válida e eficaz: a Constituição e os tratados ratificados e em vigor no país (MAZZUOLI, 2013, p. 744).

No caso do Sistema Americano de Proteção aos Direitos Humanos, o controle de convencionalidade externo é realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

nos, que ao emitir pareceres consultivos e proferir sentenças zela pela aplicação adequada dos tratados de direitos humanos celebrados e em vigor no âmbito regional sob sua guarda e jurisdição (NOSCHANG, 2016, p.201).

O termo controle de convencionalidade surgiu de forma expressa, em 2006, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos com o julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros c. Chile*, ante o entendimento de que os Estados devem fazer a revisão de suas normas internas e amoldar os seus ordenamentos jurídicos à Convenção Americana de Direitos Humanos e à interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativamente aos tratados de direitos humanos.

As condenações contra o Estado brasileiro no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que referem à ausência do exercício interno do controle de convencionalidade de forma expressa, iniciaram em 2010 com o caso *Gomes Lund e outros c. Brasil* e seguem nas demais sentenças como: *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*; *Favela Nova Brasília c. Brasil*; *Povo Indígena do Xucuru c. Brasil* e *Herzog e outros c. Brasil*.

De todos os casos que o Brasil foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde é o primeiro (e único até o momento) na jurisprudência da Corte que aborda a condição de trabalho escravo no país relativa ao artigo 6, parágrafo 1. Sabe-se que esta prática é comum nos latifúndios localizados nas regiões Norte e Centro-Oeste do país. Esta sentença, a propósito, destaca a ausência do controle de convencionalidade no Brasil em matéria de Direito Internacional do Trabalho averiguando o descumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos bem como das convenções e demais normativas da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Assim, com uma abordagem apoiada no método dedutivo e na técnica de pesquisa bibliográfica, este artigo busca, primeiramente, apresentar o conceito de trabalho escravo e a evolução da normativa nacional e internacional, apresentando os dados do trabalho escravo do Brasil e as políticas adotadas pelo país para erradicação desta prática. Em seguida, analisar a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos que demonstra a ausência do controle de convencionalidade em matéria de Direito Internacional do Trabalho e da Convenção Americana de Direitos Humanos no Brasil bem como a ineficácia do Estado brasileiro de erradicar o trabalho escravo de maneira efetiva, quando os fatos apresentados pela sentença são apenas um exemplo de tantos que ocorrem no Brasil.

2. TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL: DA LEGISLAÇÃO AOS FATOS

Em 1888 a Lei Áurea extinguiu a escravidão no Brasil. Esta lei buscou libertar os escravos africanos da época da condição de posse e propriedade de seus senhores.

Contudo, infelizmente, ainda há no Brasil em pleno Século XXI pessoas que são ceifadas da sua liberdade para servirem os seus empregadores em condições degradantes e desumanas.

A Constituição Federal da República do Brasil incluiu no Capítulo II - Direitos Sociais, e no artigo 7 estão previstos os direitos concedidos aos trabalhadores urbanos e rurais. Ainda em relação ao texto constitucional, em 2014 a Emenda Constitucional n.81, deu nova redação ao artigo 243⁵³⁵ da Carta Magna, que incluiu a exploração de trabalho escravo como possibilidade para expropriação das propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País e ainda a possibilidade de sanções previstas em lei. (BRASIL, Constituição Federal, 2020)

Em 1940 a prática da escravidão foi prevista como crime no Código Penal Brasileiro, no artigo 149: “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”. Em 2003, esse dispositivo foi alterado pela Lei 10.803 de 11 de dezembro de 2003, ampliando sua redação para “reduzir alguém a condição análoga à de escravo quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio,[...]” a locomoção do trabalhador devido a uma dívida contraída pelo empregador ou pelo preposto. Este dispositivo passou a indicar as hipóteses em que se configura a condição análoga de escravo. E, também, deixou a escravidão como gênero incluindo duas espécies: o trabalho forçado e o trabalho degradante. Os artigos 203⁵³⁶ e 207⁵³⁷ reforçam a ilicitude da prática da escravidão prevendo como crime, também, o desrespeito da legislação trabalhistas nas suas garantias e o aliciamento de trabalhadores de uma região para trabalhar em outra localidade do território nacional, (BRASIL, Código Penal, 2020)

Importante ressaltar que o conceito de escravidão evoluiu e já não se limita mais apenas à propriedade sobre a pessoa. Atualmente são utilizadas as seguintes terminologias: trabalho forçado e escravidão contemporânea.

535 Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

536 Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho: Pena - detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998). § 1º Na mesma pena incorre quem: (Incluído pela Lei nº 9.777, de 1998). I - obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida; (Incluído pela Lei nº 9.777, de 1998) II - impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 1998) § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 1998)

537 Art. 207 - Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional: Pena - detenção de um a três anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998) § 1º Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 1998) § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 1998)

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) utiliza a terminologia de trabalho forçado definida na Convenção n. 29 da OIT, adotada em 1930. Segundo a Convenção “trabalho forçado ou compulsório é todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob ameaça de uma sanção e para o qual a pessoa não se ofereceu espontaneamente.” (OIT, Trabalho Forçado, 2020) Em 1957, a OIT aprovou outra Convenção sobre o tema, a n. 105, que “impõe aos Estados a obrigação de abolir: o trabalho forçado como meio de coerção ou de educação política; a utilização de trabalho forçado para o desenvolvimento econômico [...]”. (OIT, Trabalho Forçado, 2020) Ao ratificar esses instrumentos os Estados devem adequar os seus ordenamentos jurídicos e promover ações para a erradicação do trabalho forçado em âmbito interno.

Cabe ressaltar que a erradicação do trabalho forçado é um dos objetivos principais da OIT, a qual fundamenta seus propósitos na garantia de um trabalho decente para homens e mulheres, em condições de igualdade, dignidade, liberdade e segurança. Em 1998, a Declaração da OIT relativa a princípios e direitos fundamentais no trabalho reafirmou o compromisso dos membros da organização de respeitarem e promoverem os direitos de trabalhadores e de empregadores, a liberdade sindical, a liberdade de negociação coletiva, bem como eliminar todas as formas de trabalho forçado⁵³⁸, discriminação no emprego ou ocupação e trabalho infantil. A Declaração reconhece como princípios fundamentais da OIT, sete convenções quais sejam: 87 sobre liberdade sindical e proteção aos direitos sindicais; 98 sobre a liberdade de sindicalização e de negociação coletiva; 29 e 105 sobre a abolição do trabalho forçado; 100 sobre salário igual para trabalho igual entre homem e mulher; 111 sobre a não discriminação no emprego ou ocupação, e 138 sobre idade mínima para o trabalho (SUSSEKIND, 2008, p. 624-625).

No âmbito da Organização das Nações Unidas a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), de 1948, prevê no artigo 4 que “ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos estão proibidos em todas as suas formas.” (ONU, 2020) Para reafirmar os direitos contidos na DUDH dois tratados foram firmados em 1966 - Pacto de Direitos Civis e Políticos e Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais. No que diz respeito ao trabalho escravo o Pacto de Direitos Civis e Políticos breve no artigo 8 parágrafo 1. “Ninguém poderá ser submetido á escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todos as suas formas, ficam proibidos.” (BRASIL, Pacto de Direitos Civis e Políticos, 2020)

⁵³⁸ De acordo com a Convenção n. 29 da OIT (adotada em 1930), trabalho forçado ou compulsório é todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob ameaça de uma sanção e para o qual a pessoa não se ofereceu espontaneamente. Sua exploração pode ser feita por autoridades do Estado, pela economia privada ou por pessoas físicas. O conceito é amplo e, portanto, abrange um vasto leque de práticas coercitivas de trabalho que ocorrem em todos os tipos de atividades econômicas e em todas as partes do mundo (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *O que é trabalho forçado?* [s.d.]).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, na sentença do Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil⁵³⁹ elencou dois elementos considerados fundamentais para definir uma situação de escravidão “i) o estado ou condição de um indivíduo e ii) o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade [...]”⁵⁴⁰. Na última hipótese o escravizador deverá ter “[...] o poder ou controle sobre a pessoa escravizada ao ponto de anular a personalidade da vítima.”⁵⁴¹. Assim a Corte considera que os “atributos de propriedade” incluídos no segundo elemento se caracterizam quando a pessoa escravizada tenha o seu direito de liberdade individual, enquanto primeiro elemento está ligado diretamente tanto as condição de fato ou de direito, ou seja a escravidão tradicional que detém o indivíduo como posse, ou seja, o controle absoluto de uma pessoa sobre a outra.⁵⁴²

Neste sentido a proibição da escravidão e da servidão está prevista no artigo 6 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 6. Proibição da escravidão e da servidão

1. Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.

2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso.

3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo: a. os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado; b. o serviço militar e, nos países onde se admite a isenção por motivos de consciência, o serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele; c. o serviço imposto em casos de perigo ou calamidade que ameace a existência ou o bem-estar da comunidade; e d. o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

Importante, então retornar aos fatos que levados à análise no Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre a prática de trabalhos forçados ou da condição análoga de escravo no Brasil.

539 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas, 20 outubro 2016, § 269;

540 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas, 20 outubro 2016, § 269;

541 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas, 20 outubro 2016, § 269.

542 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas, 20 outubro 2016, § 270;

Em 1995 o Brasil reconheceu oficialmente a prática de trabalho escravo no país. Esse fato ocorreu após dois eventos importantes: a) ações tomadas pelos órgãos da OIT, tais como: diversas observações enviadas pela Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT encaminhadas ao governo Brasileiro desde 1987 e as diversas vezes que o Governo foi chamado (1992, 1993, 1996, e 1997) a prestar explicações sobre as medidas tomadas em relação ao trabalho escravo no Brasil pela Comissão⁵⁴³ nas diferentes sessões da Conferência Internacional do Trabalho. (OIT/Brasil, 2010, p.27); e b) o caso *José Pereira c. Brasil*.

O Caso Zé Pereira marcou a política de erradicação do trabalho escravo no Brasil. Em setembro de 1989, José Pereira Ferreira, com 17 anos, estava trabalhando em condições análogas a de escravo quando fugiu da Fazenda Espírito Santo (Sapuçaia/Pará) juntamente com seu companheiro de trabalho cujo o apelido era “Paraná”. Os fuzileiros que faziam a guarda da fazenda saíram em perseguição aos dois trabalhadores. Paraná morreu assassinado e José Pereira foi atingido com um tiro no olho e outro na mão. José Pereira se fingiu de morto e conseguiu ir até a fazenda mais próxima. Já hospitalizado relatou a condição de escravo em que estava sendo submetido. Posteriormente, José Pereira retornou à Fazenda Espírito Santo juntamente com a Polícia Federal para resgatar os 60 trabalhadores que ainda estavam lá. Porém, os pistoleiros que atiraram em José Pereira e Paraná já haviam fugido. (OIT/Brasil, 2010, p.27)

Em 22 de fevereiro de 1994, o Caso Zé Pereira chegou Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por petição apresentada pela Comissão Pastoral da Terra, e pelas organizações não governamentais *Center for Justice and International Law* (CEJIL - Centro pela Justiça e o Direito Internacional) e *Human Rights Watch*. A petição apresentada à Comissão demonstrava a responsabilidade por omissão do Estado brasileiro em cumprir suas obrigações em garantir a segurança do trabalho, a proteção judicial e aos direitos humanos. Assim, demonstrava a violação dos artigos 6, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.⁵⁴⁴

Enquanto o caso *José Pereira* tramitava na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 1997, o Brasil recebeu o Primeiro Informe em relação dos Direitos Humanos no Brasil⁵⁴⁵. O documento encaminhado pela CIDH destacou a desigualdade histórica na distribuição de terras no Brasil e a quantidade de latifúndios onde a prática de trabalho escravo é encontrada. Assim, a CIDH recomendou ao Brasil que estabelecesse ou implementasse, “[...] *legislación y medidas para la federalización de dichos delitos y su severa represión a todos los niveles policiales y judiciales*.” (CIDH, 1997, para 49).

543 A Comissão é um órgão da OIT composta por juristas independentes nomeados pelo Conselho de Administração da OIT.

544 Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, *José Pereira c. Brasil*, Relatório n.º 95/03, Solução Amistosa, 24 outubro 2003, § 1.

545 Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. *Informe sobre la situación de derechos humanos en Brasil*, de 29 de septiembre de 1997

Em 18 de setembro de 2003 as partes assinaram o Acordo de Solução Amistosa, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁵⁴⁶. No documento o Brasil se comprometeu em: reconhecer a responsabilidade por omissão em relação a prática de trabalho escravo no país; adotar medidas de prevenção tais como: medidas legislativas, de fiscalização e repressão do trabalho escravo e de sensibilização contra o trabalho escravo julgamento e punição dos responsáveis individuais; a reparação pecuniária de R\$ 52.000,00(cinquenta e dois mil reais) á vítima;⁵⁴⁷

A partir destes dois fatos o Brasil reconheceu, então sua responsabilidade por omissão devido a sua inércia e/ou ineficácia em combater o trabalho escravo no país. Diversas ações foram tomadas para iniciar a erradicação das condições análogas as de escravo para trabalhadores localizados em várias partes do território brasileiro, algumas em parceria com a Organização Internacional do Trabalho - Escritório Brasil. Importante ressaltar que, atualmente, o Brasil trabalha com o conceito de escravidão contemporânea, ou com o termo “condição análoga a de escravo”, com o objetivo de juridicamente criminalizar a prática de “reduzir alguém à condição análoga à escravidão”. (OIT-Brasil, 2010, p.41)

Entre as duas ações acima referidas, certamente, a solenidade de assinatura do Acordo de Solução Amistosa no âmbito da OEA foi fundamental. Em 2003, principalmente porque criou, via decreto legislativo a Comissão Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), vinculado na época à Secretaria de Direitos Humanos, com o objetivo de “[...] coordenar e avaliar a implementação das ações previstas no Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo”. A Comissão também tem como competência “[...] acompanhar a tramitação de projetos de lei no Congresso Nacional e avaliar a proposição de estudos e pesquisas sobre o trabalho escravo no país.” (MINISTÉRIO DA MULHER, FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS, 2020).

A alteração do artigo 149 do Código Penal que ocorreu também em 2003 já uma das ações decorrentes do acordo, pois a redação genérica anterior previa: “reduzir alguém à condição análoga à de escravo”, não fornecia os subsídios jurídicos necessários para criminalizar a prática da escravidão que é a de tornar submeter alguém a essas condições que a lei proíbe. Por isso é muito comum no Brasil encontrar a expressão de “trabalho forçado” como sinônimo da “condição análoga a de escravo”. Significa dizer

546 A CIDH se manifestou em 2009 em dois documentos relativos a prática do trabalho escravo e servidão de fatos ocorrido na Bolívia: 1) no relatório de Informe de Seguimento - Acesso a Justiça e inclusão social: o Caminho até o fortalecimento da democracia na Bolívia. Neste informe a Comissão apontou a prática de trabalho escravo praticada pelas grandes fazendas que contratam os índios guaranis configurando a situação de servidão e condições análogas as de escravos.. (CIDH, Informe de Seguimento - Acesso a Justiça e inclusão social: o Caminho até o fortalecimento da democracia na Bolívia, 7 de agosto de 2009. 2009, para 166-167). 2) Em 24 dezembro de 2009 - Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia. Neste documento a Comissão apresenta de maneira detalhada as violações sofridas pelos guaranis na Bolívia submetidos a condições análogas a de escravos e servidão. (CIDH, Comunidades cautivas: Situación del Pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia, 24 de dezembro de 2009)

547 Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, Ze Pereira c. Brasil, Relatório n.º 95/03, 24 outubro 2003, § 24.

que esta pessoa está sendo obrigada a realizar um trabalho para as condições da qual ela não foi contratada e da qual ela também não está livre para partir.

No mesmo objetivo de erradicar a prática do trabalho escravo no Brasil, em 2002, um ano antes da assinatura do Acordo de Solução Amistosa de Controvérsia com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da reforma do artigo 149 do Código Penal, a OIT desenvolveu um Projeto de Cooperação Técnica “Combate ao Trabalho Escravo no Brasil”, esta proposta buscou

[...] fortalecer a articulação das instituições nacionais parceiras (governamentais e não-governamentais) que defendem os direitos humanos, além de contribuir para a prevenção do trabalho escravo e a reabilitação de trabalhadores resgatados, de modo a evitar o seu retorno às condições de trabalho análogas à escravidão.” A OIT-Brasil, desse modo, atua em uma lógica complementar ao Governo Brasileiro, que centra esforços nos mecanismos de repressão do trabalho escravo. (OIT-Brasil, 2010, p.126)

Atualmente a articulação dos diferentes atores sociais está consolidada nos objetivos previstos nos Planos Nacionais de para Erradicação do Trabalho Escravo no Brasil e na CONATRAE. O primeiro Plano Nacional reuniu em 76 metas divididas em curto, médio e longo prazo. Esses objetivos direcionaram as ações executadas pelo Governo Brasileiro e pelas entidades da sociedade civil entre 2003 e 2007. (OIT-BRASIL, 2010, p.126) O Segundo Plano foi lançado em setembro de 2008, previu 66 propostas de ações em âmbito geral; de enfrentamento e repressão; de reinserção prevenção; de informação e capacitado e ações específicas de repressão econômica. Para realizar tais ações o Plano previu que elas deveriam ser realizadas em um prazo imediato, curto, médio e contínuo. (BRASIL, 2008) De acordo com o prefácio do documento, escrito pelo Ministro da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República da época, Sr, Paulo Vannuchi,

Hoje, o País pode se orgulhar do reconhecimento internacional que obteve a respeito dos progressos alcançados nessa área: 68,4% das metas estipuladas pelo Plano Nacional foram atingidas, total ou parcialmente, segundo avaliação realizada pela Organização Internacional do Trabalho – OIT. Para se quantificar esse avanço, registre-se que entre 1995 e 2002 haviam sido libertadas 5.893 pessoas, ao passo que, entre 2003 e 2007, 19.927 trabalhadores em condições análogas à escravidão foram resgatados dessa condição vil pelo corajoso e perseverante trabalho do Grupo Especial de Fiscalização Móvel, sediado no Ministério do Trabalho. (BRASIL, 2008, p.5)

Somando aos Planos Nacionais, o Governo Brasileiro também criou o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), previu a possibilidade do pagamento de indenizações trabalhistas e o seguro desemprego aos trabalhadores resgatados e também instituiu a “Lista Suja”. Primeiramente, o GEFM foi criado em 1995, com o objetivo de apurar as denúncias de trabalho escravo *in loco*, libertar os trabalhadores e autuar os proprietários das fazendas onde os trabalhadores foram encontrados. O GEFM é composto por uma equipe de Auditores Fiscais do Trabalho, Procuradores do Trabalho e Policiais Federais. (OIT-Brasil, 2008, p. 128).

A “Lista Suja” é um cadastro onde os empregadores tem seu nome lançado publicamente no caso de ter sido responsabilizado administrativamente por infrações à legislação trabalhista. Esta lista é uma forma de sanção pública para os empregadores que realizaram contratações de trabalhadores e os submeteram a condições análogas a de escravo. Juntamente com o nome é incluso o CNPJ ou CPF do empregador que poderá ter dificuldades na obtenção de crédito por algumas instituições que apoiam a erradicação do trabalho escravo no Brasil, tais como: Banco do Brasil, o Banco da Amazônia, o Banco do Nordeste, e o Banco do Desenvolvimento Social (BNDES). (OIT-Brasil, 2010, p. 147).

Somando a essas ações o Governo Brasileiro também realiza uma Campanha Nacional de Prevenção ao Trabalho Escravo no Brasil, com o objetivo de tornar pública esta prática ilegal e buscar erradicar o trabalho forçado no país. Soma-se, ainda a todas as ações já relatadas o Programa-Piloto de Reinserção do Trabalhador Resgatado que busca através de um “[...] estreita cooperação de organizações de trabalhadores e de empregadores com as autoridades locais e com grupos da sociedade civil para a promoção de um programa de reinserção das vítimas do trabalho escravo nas áreas de onde partem as vítimas.” (OIT-Brasil, 2010, p. 176)

Recentemente os dados do Plano Plurianual (PPA 2016-2019), tinha como meta aumentar em 20% as ações para inspeção no combate ao trabalho análogo ao de escravo e trouxe os seguintes resultados:

Em 2019 registrou-se a maior realização dessa meta no quadriênio: 38 ações, 52% a mais do que em 2016, quando foram feitas 25 ações. As atividades econômicas nas quais mais se encontrou trabalhadores nessa condição foram produção de carvão vegetal (121); cultivo de café (106); criação de bovinos para corte (95); comércio varejista (79); cultivo de milho (67); e construção de edifícios (54). Em 2019 prevaleceram as ocorrências no meio rural: 87% do total. O trabalho escravo urbano fez 120 vítimas em atividades como confecção de roupas (35), construção de edifícios (18), serviços domésticos (14), construção de rodovias (12) e serviços ambulantes (11). (BRASIL, Trabalho, 2020).

Segundo Toledo o trabalho escravo aparece no Brasil em modalidades diferentes dependendo da região do País. Na Região Sul, por exemplo, a principal fonte de exploração está vinculada na atividade de florestamento e reflorestamento. Já na Região Sudeste os bolivianos são as principais vítimas nas indústrias têxteis. A Região Nordeste se caracteriza pela escravidão sexual devido ao seu potencial turístico. A pecuária e a agricultura são as principais atividades nas quais os trabalhadores são escravizados na Região Centro Oeste. Por fim a Região Norte a escravidão por dívida é a principal causa. (2010, p.236). Em todas as regiões do Brasil e em todas as formas em que a escravidão ocorre percebe-se a vulnerabilidade dos trabalhadores vítima de tal prática. A maioria deles foi enganado com promessas de uma boa remuneração e um trabalho digno para ajudar no sustento de suas famílias.

O caso que será objeto de análise, logo a seguir, trata da condenação do Estado brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos por violação do artigo 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que proíbe o trabalho escravo. É o primeiro caso contencioso na Corte na aplicação do parágrafo 1 do referido artigo. Anteriormente a Corte já havia se manifestado em relação a aplicação do Artigo 6 parágrafo 2 no caso *Massacres de Ituango c. Colômbia* em 2006.

No caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, a Corte considerou a evolução do conceito de escravidão contido nos documentos internacionais tanto em âmbito universal como as convenções de Genebra, Organização Internacional das Nações Unidas, Organização Internacional do Trabalho quanto em âmbito regional. Ademais, utilizou também como referência os julgamentos de outros tribunais como a Corte Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica de Estados da África Ocidental, Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos e os Tribunais Penais Ad Hoc para Ex-Jugoslávia e Especial para Serra Leoa.

3. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS NORMAS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: A PROIBIÇÃO DA ESCRAVIDÃO NO CASO DA FAZENDA BRASIL VERDE

Conforme demonstrado no ponto anterior o trabalho escravo está positivado em âmbito internacional, nas convenções da OIT⁵⁴⁸, em âmbito regional na Convenção Americana de Direitos Humanos⁵⁴⁹. No ordenamento jurídico interno, encontra-se disposição a respeito no Código Penal⁵⁵⁰ e na Constituição Federal de 1988⁵⁵¹.

548 Convenção sobre Trabalho Forçado n. 29, de 1930, Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado n. 105, de 1957 e Protocolo à Convenção sobre Trabalho Forçado, de 2014 (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Normas Internacionais sobre Trabalho Forçado*, 1930).

549 “Artigo 6. Proibição da escravidão e da servidão. 1. Ninguém pode ser submetido à escravidão ou servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas. 2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve para certos delitos pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso. 3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo: a. os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado; b. o serviço militar e, nos países onde se admite a isenção por motivos de consciência, o serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele; c. o serviço imposto em casos de perigo ou calamidade que ameace a existência ou o bem-estar da comunidade; e d. o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*, 1969).

550 Redução à condição análoga à de escravo. “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I - contra criança ou adolescente; II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.” (BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*).

551 “Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de

Contudo, apenas em 1995 o Estado brasileiro começou a reconhecer oficialmente a existência de trabalho escravo no país. “De acordo com a OIT, em 2010 existiam no mundo 12,3 milhões de pessoas submetidas a trabalho forçado, 25.000 das quais estariam no Brasil⁵⁵².” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil*, 2010, p. 56) O poder público, mediante criação de comissões especializadas e de publicações de leis e decretos, iniciou uma série de medidas para combater o trabalho escravo no Brasil. Entre essas medidas está a alteração da redação do artigo 149 do Código Penal, em 2003, e as Portarias n. 540/2004 e n. 2/2011, instituindo o Registro de Empregadores Infratores (a chamada “lista suja”) para consulta por parte de instituições financeiras em casos de pedidos de créditos.

Contudo, essas e outras ações realizadas pelo Estado brasileiro não foram suficientes para evitar a condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso concernente aos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde.

A Fazenda Brasil Verde, localizada no município de Sapucaia, no Sul do estado do Pará, possui uma área total de 8.544 hectares. A principal atividade da fazenda é a pecuária. Segundo a sentença da Corte, na época dos fatos, o proprietário da fazenda era João Luis Quagliato Neto.

As denúncias da prática de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde iniciaram em 1988 e 1989, devido ao desaparecimento de dois trabalhadores adolescentes: Iron Canuto da Silva, de 17 anos, e Luis Ferreira da Cruz, de 16 anos.⁵⁵³ Uma das principais atividades realizadas pelos trabalhadores era desmatar áreas para possibilitar a criação de gado. Essa é uma das principais atividades que alicia trabalhadores e os coloca na condição análoga de escravos.⁵⁵⁴

A petição da Comissão Pastoral da Terra e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional, representando os trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, foi apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 12 de novembro de 1998.

Em 03 de novembro de 2011, a CIDH emitiu o Relatório de Admissibilidade e Mérito, determinando uma série de recomendações ao Estado brasileiro, que não foram

plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014).” (BRASIL, Constituição, 1988).

552 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas, 20 outubro 2016, p.27-28.

553 Iron Canuto morreu assassinado em 22 de dezembro de 2007 em circunstâncias que não estão relacionadas ao caso. Luis Ferreira da Cruz morreu em 2005 e teria sido enterrado como indigente por não ter nenhum documento de identificação. A Corte entendeu que as informações referentes a Luis Ferreira da Cruz eram controversas (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, p. 108).

554 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas, 20 outubro 2016, § p.29 nota 83;

cumpridas. Devido a não observância do Relatório emitido pela CIDH, em 4 de março de 2015, a Comissão levou o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A sentença proferida em 20 de outubro de 2016 declarou, por unanimidade, que o Brasil foi responsável pela violação do direito a não ser submetido à escravidão e ao tráfico de pessoas, estabelecido no artigo 6.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos e em relação aos artigos 1.1, 3, 5, 7, 11, 22 do mesmo instrumento, em prejuízo dos oitenta e cinco trabalhadores resgatados em 15 de março de 2000 na Fazenda Brasil Verde. O Brasil, também por unanimidade, foi considerado responsável por violar as garantias judiciais de devida diligência e de prazo razoável previstas no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo dos quarenta e três trabalhadores da Fazenda Brasil Verde encontrados durante a fiscalização de 23 de abril de 1997. E, por cinco votos a favor e um contra, ficou consignado que o Brasil violou o direito à proteção judicial prevista no artigo 25 do mesmo diploma em relação aos quarenta e três trabalhadores encontrados na referida fazenda em 1997 e aos oitenta e cinco trabalhadores encontrados em 2000⁵⁵⁵.

Esta foi a primeira decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, relativa a violação do Artigo 6, parágrafo 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim o Brasil se tornou o primeiro país, no sistema interamericano, a ser condenado pela prática da escravidão, ou por ser omissor na fiscalização da erradicação e da punição aos responsáveis que submetem trabalhadores a condições análogas a de escravos

Como já ressaltado anteriormente, para chegar ao conceito de trabalho escravo, servidão e escravidão, a Corte realizou um estudo do termo escravidão em tratados e documentos internacionais e também na jurisprudência de Tribunais Internacionais que abordaram a temática, como: Tribunal Penal *Ad Hoc* para antiga Iugoslávia, Tribunal Especial para Serra Leoa, Corte Europeia de Direitos Humanos, Corte Internacional de Justiça e Corte de Justiça da Comunidade Econômica da África Ocidental.

A Corte considerou que, atualmente, para se considerar uma situação de escravidão, os seguintes elementos, que são “atributos do direito de propriedade”, devem ser observados:

- a. restrição ou controle da autonomia individual;
- b. perda ou restrição da liberdade de movimento de uma pessoa;
- c. obtenção de um benefício por parte do perpetrador;
- d. ausência de consentimento ou de livre arbítrio da vítima, ou sua impossibilidade ou irrelevância devido à ameaça de uso da violência ou outras formas de coerção, o medo de violência, fraude ou falsas promessas;
- e. uso de violência física ou psicológica;

⁵⁵⁵ Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil, Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas*, 20 outubro 2016, § p.4 e 123;

- f. posição de vulnerabilidade da vítima;
- g. detenção ou cativeiro;
- h. exploração⁵⁵⁶.

Em relação ao trabalho forçado, a Corte considerou a definição apresentada pelo artigo 2.1 da Convenção n. 29 da OIT, segundo a qual: “[a] expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”⁵⁵⁷.

A sentença determinou, então, que o Brasil deve exercer o controle de convencionalidade interno, aplicando as normas internacionais a que está vinculado. Esse controle de convencionalidade, ressalte-se, deve ser realizado pelo Estado brasileiro toda vez que assina ou adere a um tratado, realizando as adequações necessárias no seu ordenamento jurídico interno para que a norma internacional passe a ser efetiva, sem entraves ou confrontos com o direito interno. Esta determinação está prevista no artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos e no artigo 19 da Constituição da OIT.

No caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde o que ocorreu foi uma ausência total do controle de convencionalidade tanto no que se refere a Convenção Americana de Direitos Humanos em âmbito regional. Nesse sentido, a Corte afirmou que o Estado brasileiro deveria ter tomado medidas efetivas de direito interno – o chamado *effet utile*⁵⁵⁸.

A ausência do controle de convencionalidade também ocorreu em âmbito internacional, em matéria de direito internacional do trabalho. A OIT, por sua vez, na sua Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho⁵⁵⁹ determina que mesmo que os Estados não tenham ratificado as convenções, pelos simples fato de serem partes da Organização, devem respeitar, promover e realizar de boa-fé os princípios que fazem parte da Constituição da OIT. Entre esses princípios está a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório.

Como se vê, as normas de proteção do trabalhador advindas do plano internacional são também normas de proteção dos direitos humanos e de caráter fundamental, a exemplo do conceito de trabalho decente que inclui a dignidade da pessoa humana. Desta forma, como foram recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 e, considerando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), devem ser consideradas supralegais. Por essa razão, prevalecem

556 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas, 20 outubro 2016, § p.72;

557 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas, 20 outubro 2016, § p.77;

558 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas, 20 outubro 2016, § p.103;

559 Declaração da OIT relativa a Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Declaração da OIT relativa a Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*, 1998).

sobre as demais normativas internas, cabendo ao Estado brasileiro, com os seus três poderes, exercer o controle de convencionalidade nas esferas administrativas, legislativas e judiciais.

Além do *status* da norma internacional no ordenamento jurídico interno, também é importante ressaltar que na hipótese de as normas de direito internacional do trabalho entrarem em conflito com o direito interno, tomará peso o princípio *pro persona*. É o que determina o artigo 19, parágrafo 8, da Constituição da OIT:

8. Em caso algum, a adopção de uma convenção ou de uma recomendação pela Conferência, ou a ratificação de uma convenção por um Membro devem ser consideradas como podendo afectar qualquer lei, qualquer sentença, qualquer costume ou qualquer acordo que assegurem condições mais favoráveis para os trabalhadores interessados que as previstas pela convenção ou recomendação (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *Documentos Fundamentais da OIT*, 2007, p. 15).

Soma-se ao dispositivo referido o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe que as normas devem ser sempre interpretadas *in bonam partem*⁵⁶⁰. Assim, entende-se que sempre irá prevalecer a aplicação do princípio da norma mais benéfica ao trabalhador, considerando, como regra, a sua condição de hipossuficiente.

A ausência do controle de convencionalidade também é observada no descumprimento do Acordo de Solução Amistosa com a CIDH em relação ao Caso Zé Pereira. Em 22 de fevereiro de 2019, o Ministério Público Federal encaminhou recurso à Justiça Federal de Marabá (PA) contra a sentença que determinou a extinção da punibilidade dos três acusados de terem baleado José Pereira, por considerar os crimes prescritos⁵⁶¹. A sentença proferida pelo juiz federal de Marabá, simplesmente, desconsidera os compromissos firmados pelo Estado brasileiro que objetivam a erradicação do trabalho escravo em território nacional bem como o acordo de Solução Amistosa de Controvérsia firmado, em 2003. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020) O controle de convencionalidade também não é aplicado quando o juiz de primeiro grau desconsidera uma sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a mesma temática, ou seja, a Sentença da Corte Interamericana em relação a Fazenda Brasil Verde. Ao desconsiderar a sentença da Fazenda Brasil Verde também desconsidera as regras da OIT em relação a erradicação do trabalho escravo.

560 “Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.” COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*, 1969).

561 Processo nº 0005216-83.2015.4.01.3901 – 1ª Vara da Justiça Federal em Marabá (PA)

4. CONCLUSÃO

O caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde demonstra a continua falta de efetividade do Estado brasileiro na erradicação do trabalho escravo. É verdade que existem políticas públicas, plano de ação, trabalho em conjunto com a OIT, porém tudo não passa de letra morta no papel. Não há fiscalização efetiva nos locais onde a prática do trabalho escravo ocorre. Um dos motivos é a ausência de responsabilidade penal dos autores desta prática ilícita o que faz com a prática continue recorrente, e, de certa forma infelizmente costumeira.

Além da falta de punibilidade, há a omissão do Brasil em realizar um controle de convencionalidade, seja de forma difusa, pelos juízos de primeiro grau e pelos tribunais de segunda instância, seja de forma concentrada, pelas altas cortes brasileiras.

Se a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos e as Convenções da OIT fossem respeitadas nos juízos de primeiro grau, ao exercer o controle de convencionalidade talvez fosse possível garantir a dignidade desses trabalhadores e coibir a prática do trabalho escravo. Contudo, algumas regiões do Brasil ainda sofrem com a influência político-econômica dos grandes latifundiários que determinam as “regras do jogo”.

O caso analisado demonstrou também como relacionar dois conceitos incluídos na definição maior de trabalho decente, bandeira da OIT. Somam-se ao caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde os conceitos de desenvolvimento sustentável e de dignidade da pessoa humana. Na verdade, percebe-se o desrespeito à dignidade humana ao permitir que pessoas trabalhem em condições análogas às de escravos.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. II Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo / Secretaria Especial dos Direitos Humanos. – Brasília : SEDH, 2008.

BRASIL. Trabalho. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/component/content/article?id=7358>>. Acesso em: 10 fev 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica*: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MINISTÉRIO DA MULHER, FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. Comissão Nacional da Erradicação do Trabalho Escravo. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/orgaos-colegiados/conatrae/comissao-nacional-para-a-erradicacao-do-trabalho-escravo>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Caso José Pereira: MPF recorre contra sentença que considerou prescritível crime contra a humanidade. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/noticias-pa/caso-jose-pereira-mpf-recorre-contrasentenca-que-considerou-prescritivel-crime-contraa-humanidade>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

NOSCHANG, Patricia Grazziotin. O controle de convencionalidade na América Latina: influências do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. In: ROBL FILHO, Ilton Norberto; SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati (Org.). 1. ed. Itajaí : Univali, 2016. v.1. p. 191-210.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Conheça a OIT*, [s.d]. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/comeca-a-oit/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 20 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *O que é trabalho forçado*, [s.d]. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-escravo/WCMS_393058/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 20 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Agenda Nacional de Trabalho Decente*. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_226229.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Normas Internacionais sobre Trabalho Forçado*, 1930. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-escravo/WCMS_393063/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil*. (OIT-Brasil) Brasília, 2010.

SUSSEKIND, Arnaldo. Os direitos humanos do trabalhador. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves. (Org.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo* – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 624-625.

TOLEDO, Tallita Massucci. Trabalho Escravo: Negação dos Direitos Mínimos ao Homem Trabalhador. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia; FACHIN, Melina Girardi. (COORD) *Direitos Humanos na Ordem Contemporânea*. Vol III. Curitiba: Juruá, 2010. p.225-247.

16.

O CASO FAZENDA BRASIL VERDE (CADH), A PROTEÇÃO CONTRA O TRABALHO ESCRAVO E O CUMPRIMENTO DO JULGADO PELO BRASIL: COMPETÊNCIA, CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E IMPRESCRITIBILIDADE

Saulo José Casali Bahia

RESUMO: O artigo investiga o cumprimento pelo Estado brasileiro da decisão produzida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) no caso da Fazenda Brasil Verde, julgado em 20 de outubro de 2016. A CorteIDH estabeleceu que o não reconhecimento, no ordenamento interno brasileiro, do trabalho escravo enquanto crime imprescritível constituía um obstáculo relevante para a garantia da proteção judicial, seguindo o seu entendimento jurisprudencial de que graves violações de direitos humanos não prescrevem na esfera internacional. No cumprimento da decisão, no ano de 2018, ocorreu impetração de Habeas Corpus junto ao TRF da 1ª Região, e o artigo analisa o acórdão produzido, que afastou as alegações de incompetência da CorteIDH e de violação ao contraditório, ampla defesa e presunção de inocência, além da prescrição que se pretendia ver reconhecida. Metodologicamente, o estudo de caso, assim, é utilizado para a realização das inferências que podem ser vislumbradas sobre o problema.

PALAVRAS-CHAVE: Corte Interamericana de Direitos Humanos; Trabalho escravo; Competência; Habeas Corpus; Imprescritibilidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O caso da Fazenda Brasil Verde (CorteIDH), o cumprimento da decisão no Brasil e a reação interna a este cumprimento; 3. Incompetência da CorteIDH para o julgamento do caso; 4. Violação ao contraditório, à ampla defesa e à presunção de inocência; 5. A inadmissibilidade da prescrição da ação penal em violações graves aos direitos humanos; 6. O Habeas Corpus Criminal n. 1023279-03.2018.4.01.0000 e o cumprimento da ordem emitida pela CorteIDH; 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Sobre o tema da proibição da escravidão, notabilizou-se o caso da Fazenda Brasil Verde, julgado em 20 de outubro de 2016, quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Corte” ou “CorteIDH”) ordenou que o Estado brasileiro reabrisse investigação para averiguar fatos ocorridos no ano de 2000 na Fazenda Brasil Verde (“Fazenda”).

O presente artigo investiga o cumprimento pelo Estado brasileiro da decisão produzida pela Corte, que estabeleceu que o não reconhecimento, no ordenamento interno brasileiro, do trabalho escravo enquanto crime imprescritível constituía um

obstáculo relevante para a garantia da proteção judicial, seguindo o seu entendimento jurisprudencial de que graves violações de direitos humanos não prescrevem na esfera internacional.

No cumprimento da decisão, no ano de 2018, ocorreu impetração de Habeas Corpus junto ao TRF da 1ª Região, e o artigo analisa o acórdão produzido, que afastou as alegações de incompetência da CorteIDH e de violação ao contraditório, ampla defesa e presunção de inocência, além da prescrição que se pretendia ver reconhecida.

Trata-se, assim, de um estudo de caso, enquanto método de estudo qualitativo e aplicado, no qual se explora um sistema delimitado contemporâneo da vida real (um caso), recolhendo os dados respectivos, desde que possa ser representativo de um conjunto de casos análogos, e guarde significado e importância, autorizando inferências futuras⁵⁶².

2. O CASO DA FAZENDA BRASIL VERDE (CORTEIDH), O CUMPRIMENTO DA DECISÃO NO BRASIL E A REAÇÃO INTERNA A ESTE CUMPRIMENTO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em decisão de 20 de outubro de 2016 (publicada em dezembro do mesmo ano) considerou a demanda ajuizada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (*Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. República Federativa do Brasil*, aberto a partir de uma fiscalização realizada na Fazenda Brasil Verde pelo Ministério do Trabalho, em companhia de agentes da Polícia Federal, em 15 de março de 2000) parcialmente procedente para declarar o Estado brasileiro responsável por: i) violação do dever de diligência em atos constitutivos de escravidão, servidão ou tráfico de pessoas, com o fim de evitar a perpetuação de situação de impunidade (art. 6.1 c/c 1.1, 3, 5, 7, 11 e 22 da Convenção); ii) violação da garantia judicial ao prazo razoável (art. 8.1 c/c 1.1 Convenção); iii) violação do direito à proteção judicial, diante da ausência de instrumentos idôneos e efetivos de investigação e responsabilização (art. 25 da Convenção); e iv) violação ao direito à personalidade jurídica, vida, integridade e liberdade pessoal, garantia e proteção judicial (arts. 3, 4, 5, 7, 8 e 25 c/c 1.1 e 19 da Convenção).

A CorteIDH sujeitou o Estado brasileiro a uma série de obrigações de reparação, aplicando o art. 63.1 da Convenção Americana⁵⁶³. No item 9 das Disposições, contidas nos Pontos Resolutivos da Sentença, foi determinado pela Corte que:

562 Sobre a metodologia de estudo de caso, veja-se: CRESWELL, John W. *Investigação qualitativa e projeto de pesquisa: escolhendo entre abordagens*. 3ª ed. Porto Alegre: Penso, 2014. E também: SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 24ª ed. São Paulo: Cortez, 2016.

563 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 mar 2020. Art. 63.1: “Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.”

9. O Estado deve reiniciar, com a devida diligência, as investigações e/ou processos penais que correspondam pelos fatos constatados em março de 2000 no presente caso para, em um prazo razoável, identificar, processar e, como for o caso, sancionar aos responsáveis, de conformidade com o estabelecido nos parágrafos 444 a 446 da presente Sentença. Como for o caso, o Estado deve restabelecer (ou reconstruir) o processo penal 2001.39.01.000270-0, iniciado em 2001, ante a 2ª Vara da Justiça Federal de Marabá, Estado de Pará, de conformidade com o estabelecido nos parágrafos 444 a 446 da presente Sentença⁵⁶⁴.

564 *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de outubro de 2016, Série C No. 318. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Casos contenciosos*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es>. Acesso em: 20 mar 2020. O item X da sentença da CorteIDH (Pontos Resolutivos) possuiu a seguinte redação, no original em espanhol: “X - PUNTOS RESOLUTIVOS. Por tanto, LA CORTE DECIDE, Por unanimidad, Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado relativas a la inadmisibilidad del sometimiento del caso a la Corte en virtud de la publicación del Informe de Fondo por parte de la Comisión; la incompetencia *ratione personae*, respecto de presuntas víctimas no identificadas, aquellas identificadas pero que no otorgaron poder de representación, que no aparecían en el Informe de Fondo de la Comisión o que no estaban relacionadas con los hechos del caso; la incompetencia *ratione personae* de violaciones en abstracto; la incompetencia *ratione materiae* por violación al principio de subsidiariedad del Sistema Interamericano (fórmula de la 4ª instancia); la incompetencia *ratione materiae* relativa a presuntas violaciones de la prohibición de tráfico de personas; la incompetencia *ratione materiae* sobre supuestas violaciones de derechos laborales; la falta de agotamiento previo de los recursos internos, y la prescripción de la petición ante la Comisión respecto de las pretensiones de reparación de daño moral y material, en los términos de los párrafos 23 a 28, 44 a 50, 54, 71 a 74, 78 a 80, 84, 89 a 93 y 98 de la presente Sentencia.

Declarar parcialmente procedente la excepción preliminar interpuesta por el Estado relativa a la incompetencia *ratione temporis* respecto de hechos anteriores a la fecha de reconocimiento de la jurisdicción de la Corte por parte del Estado, y la incompetencia *ratione temporis* sobre hechos anteriores a la adhesión del Estado a la Convención Americana, en los términos de los párrafos 63 a 65 de la presente Sentencia.

DECLARA: Por unanimidad, que:

El Estado es responsable por la violación del derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas, establecido en el artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1, 3, 5, 7, 11 y 22 del mismo instrumento, en perjuicio de los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000 en la Hacienda Brasil Verde, listados en el párrafo 206 de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 342 y 343 de la presente Sentencia. Adicionalmente, respecto al señor Antônio Francisco da Silva esa violación ocurrió también en relación con el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser niño al momento de los hechos, en los términos de los párrafos 342 y 343 de la presente Sentencia.

Por cinco votos a favor y uno en contra, que:

El Estado es responsable por la violación del artículo 6.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica, en razón de la posición económica de los 85 trabajadores identificados en el párrafo 206 de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 342 y 343 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Sierra Porto.

Por unanimidad, que:

El Estado es responsable por violar las garantías judiciales de debida diligencia y de plazo razonable, previstas en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los 43 trabajadores de la Hacienda Brasil Verde que se encontraron durante la fiscalización de 23 de abril de 1997 y que fueron identificados por la Corte en el párrafo 199 de la Sentencia, en los términos de los párrafos 361 a 382 de la presente Sentencia.

Por cinco votos a favor y uno en contra, que:

El Estado es responsable por violar el derecho a la protección judicial, previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento en perjuicio de: a) los 43 trabajadores de la Hacienda Brasil Verde que se encontraron durante la fiscalización de 23 de abril de 1997 y que fueron identificados por la Corte en el presente litigio (*supra* párr. 199), y b) los 85 trabajadores de la Hacienda Brasil Verde que se encontraron durante la fiscalización de 15 de marzo de 2000 y que fueron identificados por la Corte en el presente litigio (*supra* párr. 206). Adicionalmente, en relación con el señor Antônio Francisco da Silva esa violación ocurrió en relación con el artículo 19 de la Convención Americana, todo lo anterior en los términos de los párrafos 383 a 420 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Sierra Porto.

Por unanimidad, que:

El Estado no es responsable por las violaciones a los derechos a la personalidad jurídica, vida, integridad y libertad personal, garantías y protección judiciales, contemplados en los artículos 3, 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 19 del mismo instrumento, en perjuicio de Luis Ferreira da Cruz e Iron Canuto da Silva ni de sus familiares, en los términos de los párrafos 421 y 426 a 434 de la presente Sentencia.

Y DISPONE:

Por unanimidad, que:

Esta Sentencia constituye, *per se*, una forma de reparación.

A CorteIDH estabeleceu que o não reconhecimento, no ordenamento interno brasileiro, do trabalho escravo enquanto *crime imprescritível* constituía um obstáculo relevante para a garantia da proteção judicial, seguindo o seu entendimento jurisprudencial de que graves violações de direitos humanos não prescrevem na esfera internacional.

Em relação ao senhor Antônio Francisco da Silva, houve violação em relação ao artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁵⁶⁵, por ser criança ao momento dos fatos.

No cumprimento da decisão, no ano de 2018, O Brasil atuou através do Ministério Público Federal, por meio da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, bem como pela recém-criada Força Tarefa, mediante instauração de Procedimento Investigatório Criminal.

Esta atuação ministerial, entretanto, foi tida como ilegal pelos investigados, que impetraram *Habeas Corpus* junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Habeas Corpus Criminal n. 1023279-03.2018.4.01.0000), sendo impetrado o Procurador da República no Município de Redenção/PA, e pacientes Joao Luiz Quagliato Neto e Antônio Jorge Vieira.

O Ministério Público Federal acatou a decisão (que reputaram os impetrantes incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro), e instaurou um Procedimento Investigatório Criminal (“PIC” ou “Procedimento”) para investigar os pacientes João Luiz Quagliato Neto e Antônio Jorge Vieira – proprietário e ex-funcionário da Fazenda, respectivamente, PIC este que pretenderam os impetrantes ver trancado.

Para os impetrantes, as determinações da Corte não poderiam ser aplicadas em confronto direto com a ordem constitucional brasileira. Dizem que a Corte Interame-

El Estado debe reiniciar, con la debida diligencia, las investigaciones y/o procesos penales que correspondan por los hechos constatados en marzo de 2000 en el presente caso para, en un plazo razonable, identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables, de conformidad con lo establecido en los párrafos 444 a 446 de la presente Sentencia. En su caso, el Estado debe restablecer (o reconstruir) el proceso penal 2001.39.01.000270-0, iniciado en 2001, ante la 2ª Vara de Justicia Federal de Marabá, Estado de Pará, de conformidad con lo establecido en los párrafos 444 a 446 de la presente Sentencia.

El Estado debe realizar en el plazo de seis meses, a partir de la notificación de la presente Sentencia, las publicaciones indicadas en el párrafo 450 de la Sentencia, en los términos dispuestos en la misma.

El Estado debe, dentro de un plazo razonable a partir de la notificación de la presente Sentencia, adoptar las medidas necesarias para garantizar que la prescripción no sea aplicada al delito de derecho internacional de esclavitud y sus formas análogas, en el sentido dispuesto en los párrafos 454 y 455 de la presente Sentencia.

El Estado debe pagar las cantidades fijadas en el párrafo 487 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daño inmaterial, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 495 de la presente Sentencia.

El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 451 de la presente Sentencia.

La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Los Jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Eduardo Vio Grossi dieron a conocer a la Corte sus votos individuales concurrentes. El Juez Humberto Antônio Sierra Porto dio a conocer a la Corte su voto individual parcialmente disidente.

Redactada en español y en portugués, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el día 20 de octubre de 2016.

565 Idem, ibidem. Art. 19: “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.”

ricana de Direitos Humanos, quando determinou a reabertura de investigação criminal contra os pacientes, era materialmente incompetente para fazê-lo, já que as decisões da Corte somente poderiam gerar efeitos para cidadãos brasileiros a partir da data em que o Brasil internalizou o reconhecimento da sua competência, o que ocorreu por meio do Decreto n.º 4.463, de 8 de novembro de 2002⁵⁶⁶.

Como os fatos ocorreram no ano 2000, a decisão da Corte não seria oponível a cidadãos brasileiros, sob pena de violação do artigo 49, I, da Constituição Federal⁵⁶⁷.

Além disto, a sentença da Corte – com consequente determinação de responsabilização individual na esfera criminal – não teria respeitado o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência, vez que os interessados não foram ouvidos durante os procedimentos que ensejaram a decisão internacional. Por seu turno, os alegados crimes investigados pelo PIC – ato coator – estariam prescritos segundo a lei brasileira, devendo ser reconhecida a extinção da punibilidade e determinado o trancamento da investigação. Assim, faltaria justa causa e interesse de agir ao procedimento, condições do inquérito e da ação penal.

Aduziram os impetrantes que a abertura de nova investigação a respeito dos mesmos fatos e a perseguição dos mesmos indivíduos investigados no bojo do inquérito policial instaurado no ano 2000 caracterizaria *bis in idem* formal.

Diante do exposto, reclamaram os impetrantes a concessão de liminar para a suspensão do supracitado PIC até decisão de mérito do *Habeas Corpus*, e para ficarem igualmente suspensos todos os procedimentos, oitivas e trabalhos no contexto da ilegal investigação; e, no mérito, que fosse declarada extinta a punibilidade relativa aos fatos narrados, determinando-se o necessário trancamento do PIC; e, caso a denúncia fosse oferecida antes do julgamento do *mandamus*, o reconhecimento da continuidade do objeto da impetração e o necessário trancamento da ação penal.

566 BRASIL. Decreto n.º 4.463, de 8 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm>. Acesso em: 20 mar 2020. “DECRETO Nº 4.463, DE 8 DE NOVEMBRO DE 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e Considerando que pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, foi promulgada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969; Considerando que o Congresso Nacional aprovou, pelo Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998, solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção, de acordo com o previsto no art. 62 daquele instrumento; Considerando que a Declaração de aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi depositada junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos em 10 de dezembro de 1998, DECRETA: Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 8 de novembro de 2002; 181º da Independência e 114º da República. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. Celso Lafer”

567 BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 20 mar 2020. “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;”

A liminar foi indeferida, por ausência de elementos comprovados à sua concessão e necessidade de prévia coleta de informações.

As informações foram prestadas pelo órgão do MPF coator, e a Procuradoria Regional da República da 1ª Região ofereceu parecer subscrito pelo membro do *parquet* Wellington Luís de Sousa Bonfim, opinando pela denegação da ordem.

Cabe analisar as questões suscitadas no julgamento, tal como o foram no acórdão produzido no âmbito da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

3. INCOMPETÊNCIA DA CORTEIDH PARA O JULGAMENTO DO CASO

Foi alegada na impetração a incompetência da CorteIDH para o julgamento do feito, já que as decisões da Corte somente poderiam gerar efeitos para cidadãos brasileiros a partir da data em que o Brasil internalizou o reconhecimento da sua competência, o que ocorreu por meio do Decreto n.º 4.463, de 8 de novembro de 2002 (sendo os fatos datados do ano de 2000); e ocorrência de *bis in idem* formal.

Inicialmente, considerou-se no voto do Relator que a circunstância dos autos do procedimento aberto em 2001 (n. 2001.39.01.000270-0, iniciado ante a 2ª Vara da Justiça Federal de Marabá, Estado de Pará) não terem sido localizados (extravio indicado no item 185 da Sentença da Corte, a partir de informação recebida em 27.06.2016) em nada afetava a possibilidade de instauração do PIC que se pretendia ver trancado (PIC n. 1.23.005.000177/2017-62), na medida em que não havia notícia de denúncia (contra os pacientes) oferecida e recebida por juiz competente, sendo que uma investigação sempre pode ser reiniciada em novos autos (não existindo a necessidade de restauração de procedimento investigativo anterior).

Ademais, a CorteIDH assentou na Sentença de 26.10.1986 que a investigação e o processo penal deveriam ter curso perante a Justiça Federal brasileira, o que inviabilizaria a validade de quaisquer atos eventualmente produzidos na seara estadual paraense.

Como então visto acima, alegou a Inicial do *Habeas Corpus* que a Corte não seria competente para o julgamento da demanda, em razão da admissão da jurisdição internacional pelo Brasil haver sido posterior aos fatos, e por não caber o *bis in idem* investigativo.

Todavia, o art. 1º do Decreto nº 4.463/2002 (que promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José -, de 22 de novembro de 1969) previu expressamente a admissão da jurisdição da Corte para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, caso dos autos:

Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Diante dos termos em que admitida a jurisdição da Corte pelo Brasil, coube afastar a alegação de incompetência material do órgão internacional para determinar a reabertura de investigação criminal contra os pacientes. Os fatos foram praticados em março de 2000 e a Corte possui jurisdição sobre o Brasil para fatos praticados desde 10 de dezembro de 1998, momento em que o Estado brasileiro comunicou à OEA sua decisão de aderir à jurisdição da CorteIDH (e quando surge a obrigação internacional para o país).

E, apreciando a inaplicabilidade da prescrição ao caso concreto, como se verá abaixo, é evidente exercer a CorteIDH sua competência sobre a questão, prevista na Convenção Americana, não representando isto qualquer *bis in idem* indevido, e sim a concretização da previsão constitucional de jurisdição de tribunal internacional de direitos humanos sobre o Estado brasileiro (ADCT/CF88, Art. 7º: “*O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos*”⁵⁶⁸).

4. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO, À AMPLA DEFESA E À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Outra alegação da impetração consistiu na suposta violação ao contraditório, à ampla defesa e à presunção de inocência, na medida em que os indiciados não foram ouvidos na CorteIDH durante os procedimentos que ensejaram a decisão internacional e nem puderam ali deduzir argumentos de defesa.

Ocorre, todavia, como disse a manifestação ministerial no segundo grau, que o contraditório a ser exercido em cortes internacionais se dirige unicamente aos estados nacionais, que ali são eventuais responsabilizados. Não há julgamento de indivíduos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos termos dos artigos 61, 62 e 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁵⁶⁹.

568 BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 20 mar 2020.

569 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 mar 2020. **Artigo 61.** 1. “Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte. 2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50. **Artigo 62.** 1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem

O Estado condenado, então, deve passar a garantir a aplicação da decisão internacional, de modo que o contraditório, a presunção de inocência e a ampla defesa a ser respeitados em relação aos impetrantes se referem ao âmbito de eventual ação penal ajuizada perante o Poder Judiciário nacional.

Os pacientes não foram responsabilizados pela Sentença da CorteIDH. A responsabilização incidiu sobre o Brasil que exerceu, perante aquela Corte, o contraditório e a ampla defesa, inclusive arguindo diversas preliminares e expondo argumentos de mérito.

5. A INADMISSIBILIDADE DA PRESCRIÇÃO DA AÇÃO PENAL EM VIOLAÇÕES GRAVES AOS DIREITOS HUMANOS

Por fim, foi alegada a impossibilidade de afastamento, no plano interno brasileiro, da ocorrência da prescrição.

Segundo a impetração (no Habeas Corpus mencionado):

Considerando que a pena máxima em abstrato do delito de reduzir alguém a condição análoga à de escravo é de 8 anos (art. 149, Código Penal), a prescrição dos alegados fatos ocorridos em março de 2000 se deu em março de 2012 (art. 109, III, Código Penal). Todos os outros delitos possivelmente atribuíveis à mesma situação (vide art. 197 e 207, Código Penal) apresentam penas menores e, portanto, também já prescreveram.”

“Em que pesem os dados prescricionais, o Ministério Público Federal requereu, em 30 de junho de 2017, a instauração de um Procedimento Investigatório Criminal para investigar os fatos ocorridos em março de 2000. O MPF, então, decidiu não restaurar o inquérito policial desaparecido, e sim iniciar um novo, tendo em vista o “grande lapso temporal desde a última notícia que se tem do procedimento”.

O Estado brasileiro teve 17 anos para investigar os fatos supostamente ocorridos em 2000, e não o fez. Se, por um lado, eles não tiveram a possibilidade de provar sua inocência por longos anos de incerteza até a ocorrência da prescrição, hoje sofrem investigação absurda por fatos já prescritos.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já consolidou o entendimento de que a alegada “imprescritibilidade” determinada por cortes estrangeiras em nada afeta o ordenamento jurídico interno, o qual permanece considerando imprescritíveis somente os delitos que assim são tratados pela Constituição Federal.

(...) eventual execução teria findado ainda no ano 2000.

A Súmula 524 do STF estabelece que uma vez arquivado o inquérito policial por despa-

os incisos anteriores, seja por convenção especial. Artigo 63 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. 2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.”

cho do juiz ou a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas.

A prescrição é um verdadeiro princípio do Código Penal Brasileiro, o qual, porém, possui caráter de materialidade constitucional. Tanto é assim que os crimes imprescritíveis no nosso ordenamento surgem como exceções no nosso sistema penal e possuem assento constitucional – é o caso do racismo (CF, art. 5º, XLII) e da atuação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CF, art. 5º, XLIV)⁵⁷⁰.

Sobre o tema, cabe aduzir que a proibição de escravidão é prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), adotada pelo Brasil desde 1992, e esta regra não pode ser suspensa nem mesmo em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte (art. 27). O Brasil se comprometeu a combater este ilícito, como se vê também na Convenção OIT n. 105 (Convenção Relativa a Abolição do Trabalho Forçado), adotada em 25 de junho de 1957, e que teve entrada em vigor em 17 de janeiro de 1959, sendo que o Estado brasileiro ratificou a Convenção em 18 de junho de 1965.

A partir do primeiro tratado universal sobre a eliminação da escravidão (Convenção sobre a Escravatura, adotada em Genebra, em 25 de setembro de 1926), vários tratados internacionais têm reiterado a proibição da escravidão, a qual é considerada uma norma imperativa do Direito Internacional (*jus cogens*), e implica obrigações *erga omnes* de acordo com a Corte Internacional de Justiça⁵⁷¹.

É inegável o *status* jurídico internacional da proibição da escravidão. Além disso, tanto o Brasil como a maioria dos estados da região são parte da Convenção sobre a Escravatura de 1926 e da Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956.

Nos casos de escravidão, a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável, pois esta não se aplica quando se trata de violações muito graves aos direitos humanos, nos termos do Direito Internacional. A jurisprudência constante e uniforme da Corte Internacional de Justiça e da CorteIDH assim o estabeleceu⁵⁷².

Na sentença contra o Brasil, assim se manifestou a CorteIDH:

412. A Corte já indicou que a prescrição em matéria penal determina a extinção da pretensão punitiva em virtude do transcurso do tempo e, geralmente, limita o poder punitivo do Estado para perseguir a conduta ilícita e sancionar seus autores. Esta é uma garantia que deve ser devidamente observada pelo julgador para todo acusado de um delito. Sem prejuízo do anterior, a prescrição da ação penal é inadmissível quando assim o dispõe o Direito Internacional. Neste caso, a escravidão é considerada um delito de

570 Vide relatório do julgado. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Jurisprudência. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>>. Acesso em: 20 mar 2020.

571 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p.181.

572 *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de outubro de 2016, Série C No. 318, e *Albán Cornejo e outros c. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C No. 171. Ver também, CorteIDH. Relatório da CorteIDH, par. 221.

Direito Internacional, cuja proibição tem status de *jus cogens* (par. 249 *supra*). Além disso, a Corte indicou que não é admissível a invocação de figuras processuais como a prescrição, para evadir a obrigação de investigar e punir estes delitos. Para que o Estado satisfaça o dever de garantir adequadamente diversos direitos protegidos na Convenção, entre eles o direito de acesso à justiça, é necessário que cumpra seu dever de investigar, julgar e, se for o caso, punir estes fatos e reparar os danos causados. Para alcançar esse fim, o Estado deve observar o devido processo e garantir, entre outros, o princípio de prazo razoável, os recursos efetivos e o cumprimento da sentença.

413. A Corte já estabeleceu que: i) a escravidão e suas formas análogas constituem um delito de Direito Internacional, ii) cuja proibição pelo Direito Internacional é uma norma de *jus cogens* (par. 249 *supra*). Portanto, a Corte considera que a prescrição dos delitos de submissão à condição de escravo e suas formas análogas é incompatível com a obrigação do Estado brasileiro de adaptar sua normativa interna de acordo aos padrões internacionais. No presente caso a aplicação da prescrição constituiu um obstáculo para a investigação dos fatos, para a determinação e punição dos responsáveis e para a reparação das vítimas, apesar do caráter de delito de Direito Internacional que os fatos denunciados representavam.” (Tradução nossa).⁵⁷³

Por seu turno, a norma invocada para fundamentar a ocorrência da prescrição é de índole legal (DL 2.848/40, Código Penal – art. 109, III), e desde o julgamento do RE 466.343/SP pelo Supremo Tribunal Federal (j. 03.12.2008 - vide também, julgado na mesma data, o RE 349.703/RS), as normas internacionais sobre direitos humanos possuem, no caso de não observância do rito previsto no par. 3º do art. 5º da CF (hipótese que conferiria *status* constitucional à norma), a hierarquia supralegal.

O julgamento se referiu aos tratados internacionais, normas de natureza obrigatória, mas o raciocínio deve ser empregado em relação aos princípios gerais de direito internacional e aos costumes internacionais, quando ostentem a mesma natureza cogente (*jus cogens*).

É certo que alguns prefiram entender que normas internacionais de proteção aos direitos humanos possuam sempre status de “norma constitucional”⁵⁷⁴, mas esta compreensão não prevalece, e nem se faz sempre necessária. Caso a prescritibilidade fosse trazida por norma constitucional brasileira, a solução poderia consistir na utilização da norma mais benéfica, em se tratando de direitos humanos,⁵⁷⁵ ou tratar a norma interna como materialmente inconstitucional⁵⁷⁶.

Desta forma, no caso de violação a normas internacionais relativas a direitos humanos, as normas prescricionais, por serem, no caso, de índole infraconstitucional e

573 Ibid.

574 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 150.

575 PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 77.

576 BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 1994. Para Bachof, uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados fundamentais da Justiça (p. 3).

legal, não podem merecer qualquer aplicação por parte do operador jurídico brasileiro. Reconhecer a ocorrência da prescrição significaria afastar normas internacionais já internalizadas e vigentes no ordenamento brasileiro, possuidoras de hierarquia superior, o que não pode ocorrer.

Tal entendimento, adotado pelo STF, já resultou na edição da Súmula Vinculante 25, no sentido de que “*é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*”, sendo o precedente representativo explícito no sentido de que:

(...) diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na CF88, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da CF88 sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada (...), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao PIDCP (art. 11) e à CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da CF/1988, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. (RE 466.343, voto do rel. min. **Cezar Peluso**, P, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009, Tema 60.)

A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do PIDCP (art. 11) e da CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da CF/1988, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, § 2º, da Carta Magna expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, consequentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido. (HC 95.967, rel. min. **Ellen Gracie**, 2ª T, j. 11-11-2008, DJE 227 de 28-11-2008.)⁵⁷⁷.

577 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/stf/index.xhtml>>. Acesso em: 20 mar 2020.

A supralegalidade vem sendo reafirmada em sede de controle concentrado oponível *erga omnes* também através do instrumento de ações diretas de inconstitucionalidade:

Esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira - porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo art. 5º, § 3º, da CF/1988 - foi reafirmado pela edição da Súmula Vinculante 25, segundo a qual “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Tal verbete sumular consolidou o entendimento deste Tribunal de que o art. 7º, item 7, da CADH teria ingressado no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à CF/1988, mas superior à legislação interna, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel. Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação. (ADI 5.240, voto do rel. min. **Luiz Fux**, P, j. 20-8-2015, DJE 18 de 1º-2-2016.)⁵⁷⁸.

Não há como se acolher o argumento de que a Constituição limitou os casos de imprescritibilidade aos crimes que indicou (racismo - art. 5º, XLII, e de atuação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático - art. 5º, XLIV), pois tanto há a abertura constitucional para outras normas de direitos fundamentais oriundas da esfera internacional (art. 5º, § 2º: *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*) - caso da imprescritibilidade dos crimes contra direitos humanos, quanto não deve haver a interpretação de que a imprescritibilidade prejudique direitos fundamentais e deva ser interpretada restritivamente, na medida em que a mesma é neutra em relação aos direitos individuais (já que a inocorrência da prescrição tanto limita direitos fundamentais quanto os assegura, ao garantir a prevenção e a repressão a delitos). Daí a possibilidade do rol de delitos imprescritíveis ser alargado, seja por lei ordinária, seja por tratado internacional ⁵⁷⁹.

Por isto mesmo, no Recurso Extraordinário 460.971/RS, o STF já decidiu expressamente que “a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras de prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses”⁵⁸⁰. E, no caso, tem-se a criação da imprescritibilidade por normas de hierarquia supralegal, e sem qualquer ofensa à Constituição Federal.

⁵⁷⁸ Ibid.

⁵⁷⁹ BAHIA, Saulo José Casali. *O Tribunal Penal Internacional sob as perspectivas internacional e brasileira*. In *Direito Internacional & as novas disciplinizações*. FERREIRA JUNIOR, Lier Pires & ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim, Organizadores. Curitiba: Juruá, 2005, p. 292.

⁵⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/stf/index.xhtml>>. Acesso em: 20 mar 2020.

6. O HABEAS CORPUS CRIMINAL N. 1023279-03.2018.4.01.0000 E O CUMPRIMENTO DA ORDEM EMITIDA PELA CORTEIDH

Analizados cada um dos argumentos contidos na petição inicial do Habeas Corpus Criminal n. 1023279-03.2018.4.01.0000, impetrado junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, não restou ao final qualquer espaço para se entender presente a possibilidade de acolhimento das teses de incompetência da CorteIDH para o julgamento do feito; de violação ao contraditório, à ampla defesa e à presunção de inocência; bem como de ocorrência da prescrição dos delitos investigados. Deste modo, a ordem foi denegada pelo Relator, julgamento adotado por maioria no âmbito da 4ª Turma do TRF da 1ª Região⁵⁸¹.

581 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Jurisprudência. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>>. Acesso em: 20 mar 2020. “PENAL. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE PROCESSO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL, CUJA ABERTURA FOI DETERMINADA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CASO TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE CONTRA A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. COMPETÊNCIA DA CIDH. INEXISTÊNCIA DE PRÉVIA OITIVA DOS PACIENTES. JURISDIÇÃO DA CIDH SOBRE ESTADOS, E NÃO SOBRE INDIVÍDUOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO, À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E À AMPLA DEFESA. TRABALHO ESCRAVO. CRIME CONTRA OS DIREITOS HUMANOS. IMPRESCRITIBILIDADE. ORDEM DENEGADA 1. O art. 1º do Decreto nº 4.463/2002 (que promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José -, de 22 de novembro de 1969) previu expressamente a admissão da jurisdição da Corte para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, caso dos autos. 2. O contraditório a ser exercido em cortes internacionais se dirige unicamente aos estados nacionais, que ali são eventuais responsabilizados. Não há julgamento de indivíduos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos termos dos artigos 61, 62 e 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos. O estado condenado, então, deve passar a garantir a aplicação da decisão internacional, de modo que o contraditório, a presunção de inocência e a ampla defesa a ser respeitados em relação aos impetrantes se referem ao âmbito de eventual ação penal ajuizada perante o Poder Judiciário nacional. Os pacientes não foram responsabilizados pela Sentença da CIDH. A responsabilização incidiu sobre o Brasil que exerceu, perante aquela Corte, o contraditório e a ampla defesa, inclusive arguindo diversas preliminares e expondo argumentos de mérito. 3. A proibição de escravidão é prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), adotada pelo Brasil desde 1992, e esta regra não pode ser suspensa nem mesmo em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte (art. 27). O Brasil se comprometeu a combater este ilícito, como se vê também na Convenção OIT n. 105 (Convenção Relativa à Abolição do Trabalho Forçado), adotada em 25 de junho de 1957, e que teve entrada em vigor em 17 de janeiro de 1959, sendo que o Estado brasileiro ratificou a Convenção em 18 de junho de 1965. A partir do primeiro tratado universal sobre a eliminação da escravidão (Convenção sobre a Escravidão, adotada em Genebra, em 25 de setembro de 1926), vários tratados internacionais têm reiterado a proibição da escravidão, a qual é considerada uma norma imperativa do Direito Internacional (jus cogens), e implica obrigações erga omnes de acordo com a Corte Internacional de Justiça. É inegável o status jurídico internacional da proibição da escravidão. Além disso, tanto o Brasil como a maioria dos estados da região são parte da Convenção sobre a Escravidão de 1926 e da Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão de 1956. 4. Nos casos de escravidão, a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável, pois esta não se aplica quando se trata de violações muito graves aos direitos humanos, nos termos do Direito Internacional. A jurisprudência constante e uniforme da Corte Internacional de Justiça e da CIDH, como indicado pelo MPF, assim o estabeleceu (vide Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C No. 171. Par. 111. Ver também, CIDH. Relatório da CIDH, par. 221). 5. A norma invocada para fundamentar a ocorrência da prescrição é de índole legal (DL 2.848/40, Código Penal – art. 109, III), e desde o julgamento do RE 466.343/SP pelo Supremo Tribunal Federal (j. 03.12.2008 - vide também, julgado na mesma data, o RE 349.703/RS), as normas internacionais sobre direitos humanos possuem, no caso de não observância do rito previsto no par. 3º do art. 5º da CF (hipótese que conferiria status constitucional à norma), a hierarquia supralegal. O julgamento se referiu aos tratados internacionais, normas de natureza obrigatória, mas o raciocínio deve ser empregado em relação aos princípios gerais de direito internacional e aos costumes internacionais, quando ostentem a mesma natureza cogente (jus cogens). 6. Desta forma, no caso de violação a normas internacionais relativas a direitos humanos, as normas prescricionais, por serem, no caso, de índole infraconstitucional e legal, não podem merecer qualquer aplicação por parte do operador jurídico brasileiro. Reconhecer a ocorrência da prescrição significaria afastar normas internacionais já internalizadas e vigentes no ordenamento brasileiro, possuidoras de hierarquia superior, o que não pode ocorrer. Tal entendimento, adotado pelo STF, já resultou na edição da Súmula Vinculante 25, no sentido de que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. 7. Não há como se acolher o argumento de que a Constituição limitou os casos de imprescritibilidade aos crimes que indicou (racismo - art. 5º, XLII, e de atuação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático - art. 5º, XLIV), pois tanto há a abertura constitucional para outras normas de direitos fundamentais oriundas da esfera internacional (art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte) - caso da imprescritibilidade dos

O acórdão acima transitou em julgado em 16/07/2019, após o julgamento dos embargos de declaração interpostos.

O julgamento acima representa o cumprimento da ordem emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para que o Estado brasileiro reabrisse investigação para averiguar fatos ocorridos no ano de 2000 na Fazenda Brasil Verde.

O destaque deste julgamento, sem dúvida alguma, se relaciona à nova interpretação sobre a prescrição, reconhecida inicialmente no plano interno (primeiro grau de jurisdição) e afastada tanto pela CorteIDH (ao julgar o caso *Fazenda Brasil Verde*) quanto pelo TRF da 1ª Região ao apreciar o Habeas Corpus Criminal n. 1023279-03.2018.4.01.0000.

7. CONCLUSÃO

Como se viu, o afastamento da prescrição tanto derivou da hegemonia sobre o direito interno que se deu às normas internacionais que proíbem o advento da prescrição, sob o argumento de integrarem o *jus cogens* (direito cogente) internacional, quanto da hierarquia de tratados internacionais introduzidos no plano interno brasileiro, quando, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se reconhece o *status* supralegal aos mesmos.

Graves violações de direitos humanos não podem ser afastadas sob o argumento da prescrição, ainda que este instituto pertença ao ordenamento jurídico interno de qualquer Estado.

No caso concreto, inclusive, a questão não careceu ser confrontada com o plano constitucional brasileiro, por não ser a prescrição tratada em norma interna de tal hierarquia. Caso a prescritibilidade fosse trazida por norma constitucional brasileira, a solução poderia consistir na utilização da norma mais benéfica, em se tratando de direitos humanos, ou tratar a norma interna como materialmente inconstitucional.

Por seu turno, foi reafirmada a jurisprudência da CorteIDH de que processos em cortes internacionais prescindem do contraditório e ampla defesa em relação a particulares. Trata-se de preliminar costumeiramente considerada em diversos outros processos da CorteIDH, a partir do fato de que indivíduos não foram ouvidos na CorteIDH durante os procedimentos que ensejaram a decisão internacional e nem puderam ali deduzir argumentos de defesa⁵⁸².

crimes contra direitos humanos, quanto não deve haver a interpretação de que a imprescritibilidade prejudique direitos fundamentais e deva ser interpretada restritivamente, na medida em que a mesma é neutra em relação aos direitos individuais (já que a inoccorrência da prescrição tanto limita direitos fundamentais quanto os assegura, ao garantir a prevenção e a repressão a delitos). Por isto mesmo, no Recurso Extraordinário 460.971/RS, o STF já decidiu expressamente que “a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras de prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses”. E, no caso, tem-se a criação da imprescritibilidade por normas de hierarquia supralegal, e sem qualquer ofensa à Constituição Federal. 8. Ordem denegada. (Acórdão, Decide a Turma, por maioria, denegar a ordem de habeas corpus. TRF da 1ª Região, 4ª Turma. DOU de 11 de dezembro de 2018. Relator convocado Saulo Casali Bahia).

582 Inventariando estes casos, veja-se SILVA, Lucas Gonçalves; SOUZA, Ana Paula de Jesus. *Análise dos casos brasilei-*

Todavia, o contraditório a ser exercido em cortes internacionais se dirige unicamente aos estados nacionais, que ali são eventuais responsabilizados. Não há julgamento de indivíduos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos termos dos artigos 61, 62 e 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Estado condenado, então, deve passar a garantir a aplicação da decisão internacional, de modo que o contraditório, a presunção de inocência e a ampla defesa a ser respeitados em relação aos indivíduos responsáveis se referem ao âmbito de eventual ação penal ajuizada perante o Poder Judiciário nacional. Os pacientes não foram responsabilizados pela Sentença da CorteIDH. A responsabilização incidiu sobre o Brasil que exerceu, perante aquela Corte, o contraditório e a ampla defesa, inclusive arguindo diversas preliminares e expondo argumentos de mérito.

Mais uma vez, a Corte proclamou o direito a julgamento, no plano interno, em prazo razoável, e o direito de todos à proteção judicial, em processo eficaz, e que, se violado, pode levar à sua atuação complementar. Não foi a primeira vez que a complementariedade exsurgiu de omissão deste tipo. O próprio Brasil já havia sofrido condenações por omissões similares verificadas nos casos *Ximenes Lopes e Gomes Lund*.

E mais uma vez reafirmou-se, contra o Brasil, ser irrelevante que admissão da jurisdição internacional houvesse sido posterior aos fatos, já que o art. 1º do Decreto nº 4.463/2002 (que promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José -, de 22 de novembro de 1969) previu expressamente a admissão da jurisdição da Corte para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, caso dos autos, quando os fatos foram praticados em março de 2000.

Sem dúvida alguma, o julgamento do Caso Fazenda Brasil Verde, pela CorteIDH, representa um avanço na proteção dos direitos humanos em escala hemisférica. As matérias tratadas certamente voltarão a ser agitadas em casos futuros, mas as soluções já se encontram antevistas pela jurisprudência consolidada da Corte, construída na premissa de que a defesa dos direitos humanos é um processo gradual, evolutivo e constante.

BIBLIOGRAFIA

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 1994.

BAHIA, Saulo José Casali. *O Tribunal Penal Internacional sob as perspectivas internacional e brasileira*. In *Direito Internacional & as novas disciplinarizações*. FERREIRA JUNIOR, Lier Pires & ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim, Organizadores. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência*. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/stf/index.xhtml>>. Acesso em: 20 mar 2020.

ros na corte interamericana de direitos humanos: ascensão do transconstitucionalismo? In Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, e-issn 2358-4777, V. 29, N. 01, p 98-111, Jan-Jun 2019.

BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Jurisprudência*. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>>. Acesso em: 20 mar 2020.

CRESWELL, John W. *Investigação qualitativa e projeto de pesquisa: escolhendo entre abordagens*. 3ª ed. Porto Alegre: Penso, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 24ª ed. São Paulo: Cortez, 2016.

SILVA, Lucas Gonçalves; SOUZA, Ana Paula de Jesus. *Análise dos casos brasileiros na corte interamericana de direitos humanos: ascensão do transconstitucionalismo?* In Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, e-issn 2358-4777, V. 29, N. 01, p 98-111, Jan-Jun 2019.

CASO TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE E O EFEITO ENCANTATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS

Thales Braghini Leão

RESUMO: A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença condenando o Brasil no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*. Naquela oportunidade, houve reconhecimento da existência de inúmeros fatos aptos à caracterização de trabalho escravo, bem como grave omissão brasileira na fiscalização e prevenção das condutas violadoras de direitos humanos. Pretende-se investigar os principais pontos da decisão a partir de uma análise quanto à atuação da Corte nos casos postos à sua jurisdição, bem como do alcance das suas sentenças. Será promovido um resumo dos fatos levados ao julgamento da Corte no caso em questão, bem como discutidos os principais pontos da decisão quanto à sua importância para a formatação do posicionamento jurídico a respeito do crime de escravidão moderna. Entretanto, o artigo se propõe a realizar uma análise crítica do julgamento, focada no elemento efetividade dos direitos humanos, o qual vem sendo a tônica das discussões modernas ante a indiscutível falta de efetivação do numeroso aparato jurídico em matéria de direitos humanos, tanto da legislação quanto de decisões concretas. Neste ponto que entram as importantes reflexões a respeito do efeito encantatório que os direitos humanos oferecem, com seu discurso de proteção aos vulneráveis, mas que pode se tornar apenas retórica vazia.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho escravo. Neoescravidão. CIDH. Direitos humanos. Efeito encantatório.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Corte e o caso; 3. Principais pontos discutidos; 3.1 Neoescravidão; 3.2 Omissões estatais; 3.3 Prescrição e jus cogens; 4. Análise crítica e o efeito encantatório; 4.1 Crítica à decisão da Corte: a falta de efetividade; 4.2 O efeito encantatório; 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A atuação de mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos caracteriza a nova era na luta pela proteção dos direitos básicos da humanidade, mas por vezes as decisões são superestimadas no que tange a sua contribuição para a efetividade concreta daqueles direitos na vida real das pessoas vitimizadas.

Analisar a jurisprudência internacional apenas sob o seu ponto de vista formal, com enfoque no seu enquadramento jurídico-positivo e tratamento interno no ordenamento jurídico do Estado Parte condenado parece pouco contribuir para a incessante busca pela emancipação de populações subordinadas historicamente.

É necessário ir além das amarras do formalismo, buscando-se compreender a dinâmica dos processos de luta pelos direitos humanos e não se deixar enganar por um quadro de falsas promessas jurídicas.

Nesse espírito, pretende-se neste artigo realizar uma análise crítica da sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, ocasião em que foi reconhecida a existência de situação de trabalho em condições análogas à escravidão, a qual teria se perpetuado por mais de dez anos sem que as autoridades brasileiras tivessem realizado atos efetivos para se prevenir e reprimir as violações aos direitos humanos naquela fazenda.

Para tanto, será feita uma breve análise a respeito das competências e procedimentos da Corte, no que se mostrou pertinente para melhor compreensão do caso, com posterior aprofundamento do julgado e suas especificidades levadas em consideração pelos juízes da Corte.

Em seguida, a pesquisa promoverá uma leitura do conteúdo da decisão à luz da teoria crítica de direitos humanos, especialmente na perspectiva do efeito encantatório que eles podem causar por meio da produção sistêmica de regras e decisões supostamente protetivas de direitos humanos, mas cujos resultados pouco se refletem na prática, quando não produzem efeito contrário ao pretendido, anestesiando a opinião pública com a falsa percepção de cumprimento dos deveres protetivos.

A análise do abismo entre o discurso e a prática de direitos humanos será, então, a tônica da inferência a ser promovida na parte final do artigo, buscando-se apontar suas incongruências a partir de doutrina mais recente. E, inclusive, atualizar o panorama a respeito da existência ou não de efetivo cumprimento dos comandos vertidos na sentença procurando-se concluir quanto à existência ou não de motivos suficientes para entusiasmo com a decisão.

2. A CORTE E O CASO

Apenas para contextualização do julgamento, faz-se sucinta análise a respeito do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, com recorte limitado ao que se mostra importante para a compreensão do caso que se pretende analisar neste artigo.

O procedimento na Corte é de caráter contencioso, sendo ela um órgão tipicamente jurisdicional, embora ainda possua competências consultivas. A aceitação da competência jurisdicional da Corte é feita de modo expresso pelos Estados-partes da Organização dos Estados Americanos (OEA) que tenham ratificado a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Por sua vez, a aceitação da competência consultiva é automática pela simples ratificação da Convenção (MAZZUOLI, 2019a, p. 155).

Disso decorre que as sentenças prolatadas pela Corte possuem obrigatoriedade para o Estado Parte condenado e são inapeláveis, conforme se vê do artigo 67 da Convenção. A Corte tem entendido, inclusive, que mesmo para os demais Estados Partes terceiros ao litígio a sentença possui efeito de vinculação interpretativa do caso (MA-

ZZUOLI, 2019a, p. 155), o que evidencia a necessidade de ter-se amplo conhecimento a respeito da jurisprudência ali produzida.

Além disso, considerando a noção mais ampla de bloco de constitucionalidade para abarcar também os compromissos internacionais em direitos humanos, o que decorre das disposições previstas no §3º do artigo 5º de nossa Constituição Federal de 1988, o conhecimento da jurisprudência das cortes internacionais se mostra de grande importância para o jurista nacional. Para Mazzuoli (2019b, p. 03-04):

Ademais, o juiz brasileiro deve controlar a convencionalidade das leis de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil e conforme a jurisprudência dos tribunais a que nosso país se vincula. No que tange à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o juiz brasileiro deve controlar a convencionalidade das leis tendo como paradigma a Convenção conjuntamente à interpretação que dela faz a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que é a sua intérprete última.

Não há dúvidas de que para controlar corretamente a convencionalidade das leis os juízes e tribunais do país devem conhecer, além dos tratados de direitos humanos em vigor no Estado, também a jurisprudência da corte regional de direitos humanos a que o nosso país se vincula, é dizer, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

As sentenças da Corte não podem ser consideradas como sentenças estrangeiras para os fins do procedimento previsto no artigo 961 do Código de Processo Civil brasileiro, tendo em vista que possuem natureza jurídica diversa. Não são produzidas pela força da soberania de um estado estrangeiro, mas sim em decorrência da aceitação brasileira à jurisdição da Corte. É uma sentença internacional e não estrangeira. E por isso mesmo tem-se aí a possibilidade de cumprimento imediato da sentença independentemente de homologação do judiciário brasileiro.

De se anotar, ainda, que a Corte possui competência para julgar os Estados Partes e não pessoas que tenham violado direitos humanos. Sendo assim, fora os casos em que se imputa ação direta do próprio Estado, a atuação da Corte depende invariavelmente da demonstração de situação de completa omissão estatal na proteção de direitos humanos, cujas práticas violadoras eram ou deveriam ser do seu conhecimento. Tanto que um dos requisitos exigidos pela Corte é a demonstração de que houve esgotamento da jurisdição interna, o que traduz a noção de complementariedade da atuação internacional. Este requisito é, naturalmente, excepcionado nos casos em que há demonstração de inexistência de procedimento na jurisdição interna, de impossibilidade de acesso a ele ou mesmo quando demonstrada a injustificada demora na resposta estatal.

Embora utilizado o termo “sentença”, deve-se apontar que a decisão não é prolatada por um juiz individualmente. Na forma dos artigos 52 e seguintes da Convenção Interamericana, a Corte é composta por um total de sete juízes eleitos para mandatos temporários, aos quais cabe o julgamento em conjunto dos casos apresentados. Comparando-se com a técnica processual interna, pode-se afirmar que a decisão prolatada

pela Corte assemelha-se mais à noção de acórdão, o que poderia explicar a natureza inapelável do quanto decidido ali.

No que se refere ao julgamento objeto do presente estudo, de se anotar que houve incidência da regra de impedimento prevista no artigo 19.2 do Estatuto da Corte Interamericana, de modo que foi afastado do julgamento do caso o juiz brasileiro Roberto F. Caldas. A decisão coube aos demais seis juízes da Corte em exercício naquela data: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (Presidente em exercício), Eduardo Vio Grossi, Humberto Antônio Sierra Porto, Elizabeth Odio Benito, Eugenio Raúl Zaffaroni e L. Patricio Pazmiño Freire.

O caso foi apresentado ao sistema interamericano em 12 de novembro de 1998 pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEIJ). Como o acionamento pelas vítimas e representantes é permitido apenas por meio do mecanismo indireto conhecido como *locus standi in judicio* (MAZZUOLI, 2019a, p. 154), o pedido foi formulado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que entendeu em 2015 pela necessidade de levar o caso ao julgamento da Corte interamericana de Direitos Humanos, já que o Brasil deixou de cumprir satisfatoriamente as recomendações feitas pela Comissão.

Observa-se da sentença prolatada pela Corte que foram afastadas diversas preliminares suscitadas pela defesa técnica do Brasil, sendo apenas parcialmente acolhida a preliminar referente à limitação temporal de atuação da Corte. É que o Brasil admitiu a sua vinculação ao caráter contencioso da Corte apenas a partir de 10 de dezembro de 1998, marco utilizado no julgamento para fins de possibilidade de condenação.⁵⁸³

Todavia, embora os fatos anteriores não pudessem ensejar a responsabilização do Brasil, a sentença entendeu possível tomá-los em consideração para fins de compreensão do problema posto à sua solução, especialmente se considerando a natureza dinâmica dos fatos para fins de caracterização ou não da situação de omissão no combate ao trabalho escravo.

Quanto aos fatos em julgamento, apontou-se que desde 1988 sucessivas fiscalizações constataram a existência de trabalhadores em situações análogas à de escravidão na Fazenda Brasil Verde, localizada no Estado do Pará. Segundo consta da denúncia feita à Comissão, teriam sido milhares de trabalhadores submetidos a tal forma de violação de direitos. Não obstante, o Brasil pouco fez para impedir a situação de exploração vivenciada naquelas terras do norte do país.

Interessante o resumo encontrado na parte introdutória da sentença:

583 *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C No. 318, §63 e seguintes.

1. O caso se refere à suposta prática de trabalho forçado e servidão por dívidas na Fazenda Brasil Verde, localizada no Estado do Pará. Conforme se alega, os fatos do caso se enquadravam em um contexto no qual milhares de trabalhadores eram submetidos anualmente a trabalho escravo. Adicionalmente, alega-se que os trabalhadores que conseguiram fugir declararam sobre a existência de ameaças de morte caso abandonassem a fazenda, o impedimento de saírem livremente, a falta de salário ou a existência de um salário ínfimo, o endividamento com o fazendeiro, a falta de moradia, alimentação e saúde dignas. Além disso, esta situação seria supostamente atribuível ao Estado, pois teve conhecimento da existência destas práticas em geral e, especificamente, na Fazenda Brasil Verde, desde 1989 e, apesar deste conhecimento, não teria adotado as medidas razoáveis de prevenção e resposta, nem fornecido às supostas vítimas um mecanismo judicial efetivo para a proteção de seus direitos, a punição dos responsáveis e a obtenção de uma reparação.⁵⁸⁴

De se ver que, obviamente, o Brasil não foi responsabilizado pela ação de promover atos de escravidão. Este tipo de julgamento na Corte Interamericana busca atestar a indevida omissão dos Estados Partes quanto a seu dever de proteção dos direitos humanos.

A despeito do inegável quadro de insuficiente proteção aos trabalhadores em nosso país, essa sentença foi a primeira condenação brasileira na jurisdição contenciosa do sistema interamericano, tendo em vista que no conhecido Caso José Pereira⁵⁸⁵ houve atuação apenas da Comissão Interamericana (PAIVA, 2017, p. 626).

Mais do que isso, essa foi a primeira vez que a Corte se manifestou de forma cogente a respeito do tema trabalho escravo, pois no que se refere ao caso *Massacres de Río Negro c. Guatemala*⁵⁸⁶ “a Corte havia se pronunciado sobre a violação de servidão, mas nesse caso o Estado havia realizado um reconhecimento de responsabilidade sobre essa violação [...]” (MAZZUOLI, 2019b, 427).

Daí porque no caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde houve mais intensa discussão a respeito dos requisitos para caracterização de trabalho escravo, bem como de suas consequências jurídicas e dever de atuação do poder público na sua repressão.

3. PRINCIPAIS PONTOS DISCUTIDOS

3.1 NEOESCRavidão

A sentença promoveu uma profunda análise do conceito de escravidão, desde a antiga concepção pré-abolitória até a sua moderna acepção. Lembrou que “O direito a não ser submetido a escravidão, servidão, trabalho forçado ou tráfico de escravos e mu-

584 *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C No. 318, §1.

585 *José Pereira*, Brasil, Relatório No. 95/03, Caso No. 11.289, Solução Amistosa, 24 outubro 2003.

586 *Massacres de Río Negro c. Guatemala*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 4 de setembro de 2012, Série C No. 250.

lheres possui um caráter essencial na Convenção Americana.”⁵⁸⁷ E reforçou que a norma do artigo 27.2 do Estatuto confere caráter inderrogável à proteção contra a escravização, sendo essa uma norma imperativa do direito internacional (*jus cogens*).

Mencionou que desde o advento da Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, de 1956, houve ampliação mundial do conceito de escravidão, que passou a também conhecer as chamadas práticas análogas à escravidão.⁵⁸⁸

Foram também mencionados na sentença inúmeros outros diplomas internacionais de proteção contra as práticas escravistas, inclusive a respeito da competência de tribunais penais internacionais para julgamento das pessoas que fazem uso de práticas escravistas, apresentando alguns exemplos de casos concretos julgados por tribunais *ad hoc*.⁵⁸⁹

Após promover uma intensa revisão da jurisprudência de tribunais internacionais a respeito dos critérios para caracterização de trabalho escravo⁵⁹⁰, a sentença ressaltou a importância de se afastar o elemento privação da liberdade:

269. A partir do desenvolvimento do conceito de escravidão no Direito Internacional e da proibição estabelecida no artigo 6 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Corte observa que este conceito evoluiu e já não se limita à propriedade sobre a pessoa. A esse respeito, a Corte considera que os dois elementos fundamentais para definir uma situação como escravidão são: i) o estado ou condição de um indivíduo e ii) o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade, isto é, que o escravizador exerça poder ou controle sobre a pessoa escravizada ao ponto de anular a personalidade da vítima. As características de cada um destes elementos são entendidas de acordo com os critérios ou fatores identificados a seguir.⁵⁹¹

Assim, a sentença reafirmou a posição dos tribunais internacionais pela qual o elemento liberdade não pode ser visualizado da forma como o era séculos atrás para a caracterização de trabalho em condições de escravidão.

Analisando os fatos postos a julgamento, a sentença concluiu que houve demonstração mais do que suficiente da existência de trabalho em regime de escravidão moderna durante mais de uma década na Fazenda Brasil Verde. Destaca-se o seguinte recorte:

297. Durante o mês de fevereiro de 2000, o gato conhecido como “Meladinho” aliciou dezenas de trabalhadores no Município de Barras, Estado do Piauí, para trabalharem na Fazenda Brasil Verde (par. 164 supra).

587 *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C No. 318, §243.

588 *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C No. 318, §243.

589 *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C No. 318, §254 e seguintes.

590 *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C No. 318, §259 e seguintes.

591 *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C No. 318, 20 outubro 2016, §269.

300. As declarações dos trabalhadores demonstram que, ao chegar à fazenda, perceberam que nada do que fora oferecido pelo gato era verdadeiro (par. 166 supra). Suas condições de vida e de trabalho eram degradantes e anti-higiênicas. A alimentação recebida era insuficiente e de má qualidade. A água ingerida provinha de um pequeno poço no meio da mata, era armazenada em recipientes inadequados e distribuída em garrafas coletivas (par. 167 supra). A jornada de trabalho era exaustiva, com duração de 12 horas ou mais todos os dias, exceto aos domingos (par. 168 supra).

301. Toda a comida consumida era anotada em cadernos, para posteriormente descontá-la de seus salários, o que aumentava suas dívidas com o empregador (par. 167 supra). Além disso, os trabalhadores eram obrigados a realizar seus trabalhos sob ordens e ameaças dos capatazes da fazenda, que portavam armas de fogo e os vigiavam permanentemente (par. 171 supra). Como consequência de estarem impedidos de sair da fazenda, quando os trabalhadores necessitavam comprar algum produto, eram obrigados a pedir aos encarregados da fazenda, com a correspondente dedução do salário (par. 172 supra).⁵⁹²

Pertinente observar que o procedimento na Corte não impede a produção probatória, que é ampla. Inclusive, no caso ora em análise foram promovidos inúmeros atos de instrução tanto na fase de contencioso quanto na fase de análise pela Comissão. Foram ouvidas testemunhas, realizadas perícias e também promovidas audiências públicas.

3.2 OMISSÕES ESTATAIS

Conforme anteriormente afirmado, a Corte não poderia responsabilizar o Brasil por qualquer violação de direitos humanos em nosso território nos casos em que não houve ação direta do estado na prática afrontosa. Não bastaria, portanto, a sentença reconhecer que houve situação de trabalho escravo nos fatos levados ao seu conhecimento, cabendo a análise da atuação do estado para o combate ao trabalho análogo à escravidão. Não há uma “responsabilidade ilimitada dos Estados frente a qualquer ato ou fato de particulares [...]”.⁵⁹³

Assim, a sentença passou a analisar a conduta brasileira diante do quadro fático, não deixando de lado nem mesmo situações anteriores à assunção do Brasil à competência jurisdicional da Corte em 1998. Conforme mencionado, entendeu-se que somente não poderia haver responsabilização por fatos anteriores, mas que estes não deixariam de ser levados em conta para analisar o panorama de sucessão temporal de acontecimentos para caracterização de omissão estatal, por se tratar de um processo dinâmico.

Assim apontou a sentença:

326. Desde 1988 a Comissão Pastoral da Terra (CPT) realizou várias denúncias sobre a existência de uma situação análoga à escravidão no Estado do Pará e, especificamente,

592 *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C No. 318, §§297/301.

593 *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C No. 318, §323.

na Fazenda Brasil Verde. Estas denúncias identificavam um *modus operandi* de aliciamento e exploração de trabalhadores na região específica do sul do Estado do Pará. O Estado tinha conhecimento dessa situação, pois, como resultado destas denúncias, foram realizadas fiscalizações na Fazenda Brasil Verde nos anos 1989, 1992, 1993, 1996, 1997, 1999 e 2000.

327. De outro modo, além do risco já conhecido que foi detalhado anteriormente, a situação de risco iminente foi verificada uma vez que Antônio Francisco da Silva e Gonzalo Luiz Furtado conseguiram fugir da Fazenda Brasil Verde e se apresentaram à Polícia Federal de Marabá. Nessa oportunidade, ao receber a denúncia dos adolescentes sobre os delitos que estavam em curso na referida fazenda, a condição de criança de Antônio Francisco da Silva e a gravidade dos fatos denunciados, a polícia simplesmente informou que não poderia atendê-los por ser carnaval e lhes orientou a regressar dentro de dois dias. Esta atitude esteve em franca contradição com a obrigação de devida diligência, sobretudo quando os fatos denunciados se referiam a um delito tão grave como a escravidão. Ao receber a notícia da ocorrência de escravidão e de violência contra uma criança, o Estado tinha o dever de empenhar todo o seu aparato para fazer frente a essas violações de direitos humanos. Proceder de modo contrário violou o dever estatal de prevenir a ocorrência de escravidão em seu território.⁵⁹⁴

De se observar que mesmo admitindo que os estados possuem obrigação de meio e não de resultado na prevenção ao trabalho escravo, a sentença apontou inúmeros fatos exemplificativos da absoluta omissão brasileira quanto ao seu dever de proteção de pessoas vulneráveis. As autoridades brasileiras sabiam da situação e pouco fizeram para reprimir e nada fizeram para prevenir.

Quanto à vulnerabilidade das vítimas, a sentença reafirmou a posição de que:

[...] toda pessoa que se encontre em uma situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em razão dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para satisfazer as obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos.⁵⁹⁵

Ressaltou que a omissão brasileira na prevenção ao trabalho forçado também decorre da ausência de políticas públicas para redução das desigualdades regionais, fator apontado como um dos mais importantes para a existência de práticas exploratórias da mão-de-obra no Brasil. O obreiro em situação de miséria acaba aceitando qualquer oportunidade de trabalho, tornando-se presa fácil ao tráfico regional e sujeição a trabalho forçado.⁵⁹⁶ Reconheceu-se, portanto, a existência de um quadro de discriminação estrutural em nosso país, visto como um fator propulsor da exploração do homem pelo homem.

⁵⁹⁴ *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C No. 318, §§326/327.

⁵⁹⁵ *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C No. 318, §337.

⁵⁹⁶ *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C No. 318, §339.

Foram também analisados os procedimentos judiciais abertos nas instâncias nacionais, mais uma vez reafirmando a ausência de proteção efetiva, não bastando a existência de leis proibindo. Apontou-se a existência de falta de duração razoável, já que os processos se arrastaram por anos a fio e houve inclusive extinção de ações penais por prescrição.⁵⁹⁷

Foi especialmente destacado o fato de que no início dos anos 2000 havia intenso impasse na jurisprudência brasileira a respeito da correta competência para o processo e julgamento dos crimes de redução a condição análoga à de escravo, sendo que o Superior Tribunal de Justiça levou vários anos para definir a competência federal para o tema.

Também foi apontada a existência de discriminação no acesso à justiça, na medida em que não foram identificadas estruturas especiais para atendimento das vítimas em suas peculiaridades de vulnerabilidades específicas.

Assim, a sentença concluiu pela existência do dano e que o Brasil deveria ser responsabilizado internacionalmente por suas sucessivas omissões na proteção ao direito de não ser escravizado, previsto no artigo 6.1 da Convenção Interamericana. Houve apontamento direto dos fatos objeto da condenação e das pessoas que seriam beneficiadas com as medidas reparatórias (43 trabalhadores em 1997 e 85 em 2000). As vítimas foram nominalmente identificadas na sentença.⁵⁹⁸

3.3 PRESCRIÇÃO E *JUS COGENS*

Como houve extinção de processos de responsabilização de exploradores de mão-de-obra escrava por reconhecimento de prescrição da ação penal conforme a lei interna brasileira, a sentença da Corte explorou o tema à luz do direito internacional.

Entendeu-se que por se tratar de delito atentatório contra a dignidade humana com afronta ao direito internacional geral, o instituto da prescrição não seria compatível com o dever dos Estados de efetivação no combate às condutas relativas à escravização de pessoas.

Entre as medidas de satisfação e garantias de não repetição veiculadas na condenação, foi assim determinado:

454. Quanto à imprescritibilidade do delito de escravidão, a Corte concluiu no capítulo VIII-1 que a aplicação da figura da prescrição no presente caso representou uma violação ao artigo 2 da Convenção Americana, pois foi um elemento decisivo para manter a impunidade dos fatos constatados em 1997. Além disso, a Corte constatou o caráter imprescritível do delito de escravidão e de suas formas análogas no Direito Inter-

597 *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C No. 318, §369 e seguintes.

598 *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C No. 318, §439 e seguintes.

nacional, como consequência de seu caráter de delitos de Direito Internacional, cuja proibição alcançou o status de *jus cogens* (par. 249 supra). Ademais, a Corte recorda que, de acordo com sua jurisprudência constante, os delitos que representem graves violações de direitos humanos não podem ser objeto de prescrição. Consequentemente, o Brasil não pode aplicar a prescrição a este caso e a outros similares.⁵⁹⁹

Não obstante o excerto acima transcrito, entende-se que a melhor interpretação do comando da sentença não implica na reabertura do caso cuja extinção da punibilidade foi declarada pela autoridade jurisdicional interna, pacificada pelo trânsito em julgado. Isso significaria verdadeira afronta aos direitos protetivos mínimos do réu naquele processo, em desproporcional uso de força por parte do estado brasileiro.

Adota-se, aqui, a postura de que a proteção dos direitos humanos por meio de instrumentos de índole penal, a chamada tutela penal de direitos humanos, assume um caráter positivo de prestação estatal que não pode ter sua importância exacerbada ao ponto de se desprezar ou mesmo relativizar as proteções mínimas, de índole negativa e garantistas.

Por isso se concorda com a posição da doutrina a respeito da questão:

No entanto, isso não significa que o art. 149 do Código Penal passou a ser um crime imprescritível no ordenamento jurídico interno, uma vez que a sentença da CorteIDH se limitou a estabelecer que formas de escravidão contemporânea ou delitos análogos (tráfico de pessoas, servidão e trabalho forçado), no contexto de grave violação a direitos humanos, são crimes de direito internacional e, por tal razão, abrangidos pelo manto da imprescritibilidade, uma vez que integram o domínio do *jus cogens*. [...] a CorteIDH também se dirige ao Poder Legislativo, uma vez que exarou um mandado internacional implícito de ajustamento para que o Estado brasileiro torne imprescritível os crimes de escravidão, servidão, trabalho forçado e tráfico de pessoas quando cometidos num grave contexto de crimes contra a humanidade. (PAIVA, 2017, p. 630-631).

Entender que o comando da sentença se dirige não ao judiciário brasileiro para reabertura do caso já encerrado, mas sim ao legislativo na forma de mandado internacional de ajustamento parece ser realmente a melhor forma de vislumbrar a questão e proteger direitos humanos de um lado sem desprotegê-los de outro.

O não cumprimento desse mandado de ajustamento colocaria o Brasil em mora legislativa e poderia inclusive sujeitar a um controle da convencionalidade por omissão, mas não afrontar o mínimo de segurança jurídica e reabrir casos penais já encerrados há muito.

Foi apresentada Proposta de Emenda Constitucional número 14/2017 para o fim de determinar a imprescritibilidade do referido crime, atendendo ao entendimento de que apenas o texto constitucional pode veicular proibições ao instituto da prescrição penal.

⁵⁹⁹ *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C No. 318, §454.

4. ANÁLISE CRÍTICA E O EFEITO ENCANTATÓRIO

4.1 CRÍTICA À DECISÃO DA CORTE: A FALTA DE EFETIVIDADE

Embora não se possa negar certa importância na sentença proferida pela Corte, sobretudo quanto à parametrização da neoescravidão, tem-se que a decisão não fica imune às críticas.

Em primeiro lugar, deve-se tomar em consideração a amplitude da condenação, que procurou abarcar inúmeras questões e correu o risco de se tornar inefetiva pela simples impossibilidade de total cumprimento das determinações. A esse respeito, apresenta-se interessante resultado de pesquisa em que se buscou verificar a existência ou não de cumprimento das ordens veiculadas na sentença:

[...] até o momento, foi possível identificar, explicitamente, apenas a realização de uma das recomendações, que seria a da publicação da sentença. Em relação às demais recomendações, nota-se que algumas das medidas já estão em andamento, porém sem muitas conclusões. O Ministério Público Federal chegou a retomar as investigações, divulgando um edital de chamamento de informantes que tenham conhecimento dos fatos do caso, mas não foi encontrado dados que comprovem a realização desses depoimentos. No que tange à prescrição, há uma Proposta de Emenda à Constituição em tramitação no Congresso Nacional (PEC 14/2017), para estabelecer a imprescritibilidade do delito de escravidão e suas formas análogas, entretanto, até o momento a PEC não foi analisada. Quanto à última recomendação, a respeito da indenização das vítimas, vê-se que, em janeiro de 2018, a procuradora-geral da República, Raquel Dodge, criou uma força tarefa com o intuito de investigar o caso Fazenda Brasil Verde e, assim, garantir o cumprimento integral da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Nesse sentido, criou-se um grupo formado por quatro procuradores encarregados de coletar o material probatório e atuar na oitiva de testemunhas. Até o momento, cerca de 50 vítimas submetidas às condições degradantes da fazenda já foram localizadas. No entanto, não há informações concretas se essas medidas de reparação estão sendo realmente cumpridas e/ou realizadas com eficácia. A expectativa em relação ao cumprimento das medidas é baixa, já que se trata de um caso cometido há mais de 20 anos, além da dificuldade em se encontrar as vítimas e em função da lentidão da Justiça brasileira. (PÁDUA, 2019, p. 122-123).

Prevendo tal quadro de inefetividade, Carlos Haddad (2018, p. 38) já alertava que o sistema interamericano vem tendo um impacto bastante limitado, a ponto de prejudicar sua imagem em termos de legitimidade e autoridade nas questões ali decididas. Apontou o autor que o problema no cumprimento das decisões da corte é geral, sendo muito comum observar os condenados satisfazendo apenas as determinações de reparações de danos nas formas de indenizações, mas simplesmente ignorando as ordens de adequação e outras que ditam comportamentos.

Especificamente quanto ao caso ora em análise, Carlos Haddad não revelou qualquer entusiasmo quanto à sentença prolatada, chegando a apontar que o Caso José

Pereira foi mais impactante, embora finalizado por acordo na Comissão (HADDAD, 2018, p. 36). E apontou quatro razões para o descrédito da sentença, assim resumidas:

i) A irrazoável duração do processo: lembrou o autor que a denúncia foi formulada na Comissão no ano de 1998 e o caso somente foi julgado pela Corte em 2016. A condenação chegou após 6.553 dias de tramitação do processo, ou 17 anos, 11 meses e 18 dias. Tal quadro de demora na prestação jurisdicional internacional levou a certo descrédito na sentença porque ela paradoxalmente reconheceu a violação do dever de duração razoável do processo no que se refere à atuação brasileira no combate ao trabalho escravo, mas ignorou o fato de que ela própria teve duração fora dos parâmetros da razoabilidade. O autor formula o questionamento retórico de se saber então a “quem recorrer quando quem viola as garantias judiciais de devida diligência e de prazo razoável é o órgão supranacional que reconhece idêntica violação por parte do Estado brasileiro.” (HADDAD, 2018, p. 38-39).

ii) A desproteção da maior parte das vítimas: o autor lembra que o Brasil se submeteu à jurisdição da corte somente em 10/12/1998, motivo pelo qual o julgamento deixou de considerar fatos anteriores a esta data. Assim, a maior parte dos trabalhadores deixou de ter indenização fixada. Os fatos de 1989, 1993 e 1996 não foram apreciados pelo tribunal, o que daria um total de 178 trabalhadores devidamente identificados. Foram fixadas indenizações apenas para 43 trabalhadores de 1997 e 85 de 2000. Essa situação de desproteção da maioria dos envolvidos seria, na visão do autor, mais um fator de descrédito da sentença. (HADDAD, 2018, p. 39).

iii) A perda do *timing*: o autor menciona que a sentença da Corte usou o antigo conceito de trabalho escravo previsto na redação originária do Código Penal, ignorando a reforma de 2003 que fez incluir as modalidades “condições degradantes” e “jornadas exaustivas”. Citou pesquisa da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) em que se aponta que a maioria das fiscalizações do Estado concluíram pela existência de condições degradantes para concluir pela configuração de escravidão moderna, sendo este o elemento principal em nosso país. Assim, como a sentença condenou o Brasil por práticas que o país não mais adota em seu ordenamento jurídico, entendeu o autor que isso seria mais um fator para afastar qualquer entusiasmo a respeito do quanto decidido pela Corte. Nosso tratamento jurídico estaria mais avançado que aquele visto na sentença, que perdeu o *timing* de influenciar a questão. (HADDAD, 2018, p. 39-40).

iv) A constatação do óbvio: apontou-se que há muitas obviedades na sentença, sendo que “Sentenças que constatarem algo óbvio nada mais fazem do que cumprir o seu papel. Em decorrência, estão muito longe de serem históricas, emblemáticas e paradigmáticas.” (HADDAD, 2018, p. 40). Apontou que a sentença incorreu em obviedade ao constatar que houve escravidão no fato de 2000 ao reconhecer a existência de prática cerceadora de liberdade naquela ocasião. Mas a discussão atual vai para muito mais

além do que a limitação da liberdade. E também reputou como constatação óbvia a afirmação a respeito da existência de discriminação estrutural no Brasil e suas implicações no trabalho escravo. Neste ponto, o autor traz interessantes dados concretos oriundos de pesquisas em relatórios de fiscalização no Estado de Minas Gerais em que se chegou à conclusão de que de 373 relatórios apresentados indicando a existência de trabalho escravo somente houve a prisão de uma única pessoa por tal motivo. (HADDAD, 2018, p. 42).

v) imprescritibilidade do crime: o autor criticou a forma como a sentença trabalhou o conceito de imprescritibilidade do crime e suas condutas análogas, dando a entender que a imprescritibilidade seria apenas para a ação que se assemelhe verdadeiramente à escravidão, ignorando as práticas de sujeição de trabalhadores a jornadas exaustivas e degradantes. Assim, oferecendo “munição àqueles que defendem a aprovação do PLS n. 432/2013 e do PL n. 3.842/2012, que excluem condições degradantes e jornada exaustiva como elementos da escravidão.” (HADDAD, 2018, p. 44). E, ainda pior, “Ao criar duas classes de condutas no interior do art. 149 do Código Penal - algumas imprescritíveis, outras não -, a corte transmite a ideia de que o Brasil pode ter avançado demais na ampliação do crime ocorrida em 2003.” (HADDAD, 2018, p. 44).

De se concordar com as duras críticas feitas pelo citado autor, não se podendo perder de vista que o problema da falta de efetividade é a grande tormenta que circunda as discussões em direitos humanos.

4.2 O EFEITO ENCANTATÓRIO

Tendo como base o quadro de inefetividade apontado anteriormente, torna-se pertinente a exposição do pensamento do autor David Sánchez Rubio (2014), especialmente sobre a necessidade de fortalecimento de uma cultura pré-violatória em detrimento de nossa nítida tendência de se pensar o problema apenas no âmbito da reparação, pós-violatório dos direitos humanos. Bem como a respeito da falsa realidade que pode redundar como produto da luta pelos direitos humanos, o que o autor denomina como encantos e desencantos dos direitos humanos:

Como toda produção humana, deve-se partir da ideia de que Direitos Humanos podem ser uma instância de luta libertadora por uma dignidade que emancipa, como também podem ser um instrumento de dominação que legitima distintas formas de exclusão e inferiorização humanas, e aí está seu duplo efeito, encantador e de desencanto. (RUBIO, 2014, p. 15).

Aprofundando um pouco mais a questão, o autor assim define:

A dimensão encantadora se une com o potencial emancipador e o horizonte de esperança que possibilita a existência de condições de autoestima, responsabilidade e autonomia diferenciadas e plurais.

A dimensão que desencanta pode aparecer no instante em que os Direitos Humanos se fixam sobre discursos e teorias, instituições e sistemas estruturais que socio-cultural e sociomaterialmente não permitem que estes sejam factíveis e nem possíveis, devido às assimetrias e hierarquias desiguais sobre as quais se mantêm. Além disso, através de diversos mecanismos de ocultação, pode-se construir um imaginário aparentemente emancipador e, por isso, com um encanto sedutor, falsamente universal. (RUBIO, 2014, p. 18).

O referido autor reflete a respeito do paradigma da simplicidade, apontado como um grande limite epistemológico no caminho da efetivação concreta dos direitos humanos (RUBIO, 2014, p. 24 e seguintes). Procura escancarar a tendência dos juristas e aplicadores do direito em geral de sempre buscar simplificações para a realidade, separando as diversas partes que fazem parte do todo e tratando-as como se fossem uma coisa só. Aqui, o autor tece críticas tanto ao ensino jurídico, compartimentado em disciplinas que pouco se comunicam e perdem a visão do todo, como também o mundo social envolvido pelo ambiente jurídico, que é fruto da concepção teórica multifacetada.

Sustenta que a compreensão jurídica deveria sempre ter o horizonte no todo, nunca desprezando as complexidades da vida e evitando de qualquer modo simplificações. Isso seria o pressuposto para a inexistência de separação entre o direito do ponto de vista teórico daquele vivenciado na prática, que é a maior preocupação em termos de efetivação de direitos humanos. Assim define o autor:

Devemos confrontar a clássica separação entre a teoria e prática, o que é dito e o que é feito e também enfrentar o controle que, a partir do paradigma da simplicidade, reduz os direitos humanos a teorias filosóficas, normas, instituições jurídicas e eficácia jurídica do Estado. (RUBIO, 2014, p. 48).

Como limites axiológicos à plena aplicação dos direitos humanos, o autor aponta que tanto o juspositivismo como o jusnaturalismo não se mostram como correntes de pensamento suficientes para se garantir a efetividade da proteção humana mínima. O positivismo é formal em excesso e acredita que direito é só aquilo que for produzido formalmente pelo Estado, confiando demais nas estruturas do Poder Judiciário para resolução de problemas sensíveis. Já o jusnaturalismo peca por pressupor que os valores humanos nos são dados, muitas vezes ignorando todo o processo histórico de construção de nossos valores. Além disso, deixa de considerar que a construção deste significado de ação humana não pode ser “de competência exclusiva de uma casta de especialistas dizer o que é a liberdade, a igualdade e a dignidade humana”. (RUBIO, 2014, p. 27-28).

Por sua vez, o autor traz também à tona o problema do limite cultural à efetivação dos direitos humanos, o que pode ser especialmente traduzido pela dificuldade da cultura “ocidentalocêntrica” superar o padrão estandarizado do homem a ser objeto

de plena proteção pelo direito: “ser humano masculino, branco, proprietário, maior de idade, europeu, cristão e com o êxito de ganhador (vitorioso).” (RUBIO, 2014, p. 29).

Nisso mencionando que os direitos humanos se tornam exatamente um “terno e gravata” que foi feito pensando-se em um corpo concreto e com medidas específicas, mas que precisa de um jeito ou de outro vestir pessoas de composição corpórea totalmente diversa. Com essa analogia o autor busca apontar porque o direito não é construído de modo a se reconhecer a existência de “outras corporalidades (indígenas, femininas, negras, camponesas, trabalhadores, não proprietários, etc.).” (RUBIO, 2014, p. 29).

É por meio desta construção teórica que se procura superar a ideia do imaginário positivista quanto à proteção de direitos humanos na atuação pós-violatória, com apego excessivo às estruturas estatais e principalmente judiciárias, dando-se uma primazia ao direito e esperando-se dele o que ele não pode oferecer sozinho. O autor acredita superado o paradigma da simplicidade em favor de um paradigma da complexidade, no qual não se busca a fragmentação de um todo e sim a sua visão geral, apostando-se na “interação e interdisciplinariedade das racionalidades.” (RUBIO, 2014, p. 33) Não ignorando que tanto o direito deve se relacionar com os aspectos do mundo econômico, ético ou político, como admitindo-se que no interior do próprio direito há inegáveis elementos econômicos, políticos e também culturais e de gênero que devem sempre ser considerados.

O caminho deste raciocínio leva à necessidade de buscar-se mais crédito aos movimentos sociais e ao reconhecimento da existência de formas plurais de manifestação cultural e até mesmo jurídica, não fazendo sentido ignorarmos por completo o fenômeno do pluralismo jurídico. (RUBIO, 2014, p. 40-41).

Além disso, o autor também conclui pela necessidade de superarmos a lógica econômica sacrificial que está por trás das decisões políticas, econômicas e até mesmo jurídicas, que historicamente dão base às dinâmicas de dominação e imperialistas. A busca pela humanização do pensamento, colocando o ser humano e suas necessidades reais de proteção à frente de toda a ordem de decisões a serem tomadas, numa lógica de inclusão e não de exclusão. Isso é, propõe uma luta legítima pela emancipação. (RUBIO, 2014, p. 37).

A proposta poderia ser resumida na necessidade de situarmos a vida humana no centro do julgamento de todas as ações, sejam elas em caráter público ou privado. Mas o autor alerta que não está falando meramente da vida abstrata. Ele se refere à vida real das pessoas de carne e osso e tratando-se como iguais de fato e de direito numa ideia de solidariedade e não mera individualidade. (RUBIO, 2014, p. 64 e seguintes).

Naturalmente, esta visão de mundo confronta com o vigente pensamento de culto à racionalidade eficiente, na qual a busca pelo resultado e pelo máximo benefício

em tudo torna prescindíveis quaisquer preocupações com as pessoas envolvidas nos processos, mantendo-se foco único no horizonte do êxito no empreendimento. A luta pela humanização do pensamento, e do direito, não prescinde do necessário enfraquecimento da lógica de culto ao mercado e à eficiência produtiva como único mérito possível, ainda que por meios desumanos.

Por fim, falando da correlação entre direitos humanos e democracia, o autor novamente questiona o excessivo apego às decisões judiciais como solução para os problemas causados pela falta de efetivação de direitos humanos, embora não negue que a atuação dos tribunais tem pelo menos alguma importância em nosso contexto histórico. Ele deixa claro que em geral nos contextos democráticos e na vigência dos chamados estados de direito costuma ser mais facilitada a proteção de direitos humanos, mas aí se torna necessário o cuidado de não conceituarmos direitos humanos como algo que só passa a existir quando violados. (RUBIO, 2014, p. 125). Isso é, o culto à dimensão pós-violatória pode ficar tão exacerbada que poderia se confundir com o próprio conceito do objeto da proteção.

Buscando-se uma contextualização de toda esta discussão teórica para o âmbito da análise crítica do julgamento do caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, com os contornos fáticos observados na seção anterior, torna-se crucial transcrever o importante alerta feito por Caio Paiva (2017, p. 633-634):

[...] embora os direitos das vítimas estivessem todos previstos em tratados internacionais de direitos humanos e na legislação interna, eles não foram observados durante anos, talvez em razão da classe social das vítimas, o que acabou ocasionando múltiplas violações de direitos humanos. Assim, em que pese a profusão de convenções e tratados internacionais de direitos humanos possua inegável caráter emancipatório e libertários (encantando a todos), ainda há, principalmente no que toca às classes marginalizadas da população, uma inefetividade das normas de direitos humanos sob o aspecto preventivo (ou pré-violatório), o que acaba por “desencantar” o discurso utópico previsto na teoria. [...]

Em síntese, os direitos humanos encantam na teoria, com seu conteúdo emancipatório e libertário, mas na prática não chegam aos menos favorecidos de forma preventiva, restando ao Direito apenas a dimensão repressiva, ou seja, atuar na reparação de violações de direitos humanos já ocorridas.

Desse modo, como forma de combater o efeito encantatório dos direitos humanos e para que o Estado brasileiro passe a atuar com maior incidência na seara preventiva e pré-violatória de direitos humanos, deve-se desenvolver atos e programas de *compliance* em direitos humanos, para que seja fomentada dentro do próprio Estado brasileiro uma cultura preventiva em relação ao resguardo dos direitos humanos de todos os indivíduos que estejam em território nacional.

Essa total falta de efetividade observada no caso concreto faz lembrar do “abismo que existe entre o que se diz e o que se faz, entre a teoria e a prática dos Direitos Humanos.” (RUBIO, 2014, p. 18).

E que a superação desse abismo é das tarefas mais árduas e desafiantes, mas cuja tentativa deve sempre permear o pensamento e as ações daqueles que militam em favor da proteção de direitos humanos, não podendo se contentar apenas com a produção formal de mecanismos supostamente favoráveis, mas que nada oferecem de conteúdo emancipatório.

Lembrar que é no paradigma da luta e da insatisfação que se constrói um processo histórico de libertação. De luta social, do cotidiano das pessoas que necessitam e que escancaram as incongruências de nossa estrutura.

Necessário, portanto, confiar menos no formalismo jurídico muitas vezes construído artificialmente para arrefecer ânimos em situações de crise, o qual contribui historicamente para propiciar um quadro de inclusão meramente abstrata e uma exclusão concreta. Imprescindível a superação do cativeiro positivista que o pensamento jurídico se encontra e promover-se um giro hermenêutico para se buscar interpretar os direitos humanos a partir da perspectiva da vítima, comprometendo-se mais com seus direitos (MACHADO, 2017).

E manter sempre o foco na ideia de que a proteção dos direitos humanos nunca foi algo dado, mas surgiu como resultado de lutas e conflitos escancarados. Os grandes sujeitos dos direitos fundamentais sempre foram os movimentos sociais, em suas lutas diárias, sendo que os juristas não possuem todo o protagonismo que acreditam. Eles devem ter o papel de aliados desses movimentos, tendo-os como norte e inspiração.

O aporte teórico relativo ao efeito encantatório dos direitos humanos já permitia pressupor que a decisão da corte não poderia ser vista como o marco temporal do fim de séculos de prática escravista em nosso país, mesmo depois de oficialmente abolida juridicamente tal prática nefasta. A luta pela efetivação do direito à liberdade no ambiente de trabalho vai muito além de uma decisão jurídica tardiamente prolatada.

5. CONCLUSÕES

Confrontar a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde com a ideia dos encantos e desencantos dos direitos humanos permitiu despertar um sentimento crítico relativo ao julgado da referida corte internacional. Propicia um levante a respeito das reais contribuições da sentença especialmente considerando a previsível dificuldade de cumprimento dos comandos ali vertidos.

Embora não se possa negar a importância jurídica e política da decisão, tem-se que ela não pode ser superestimada a ponto de se esquecer a sua pouca contribuição para a luta pela efetividade da proteção de direitos humanos. Não bastando que a sentença seja formalmente vinculante e possua efeitos concretos imediatos independentes de homologação pelo Estado brasileiro. Em nada contribui para o debate a incessante análise a respeito destes aspectos superficiais do direito, repetidamente.

E a pouca contribuição da sentença na luta pela efetividade dos direitos humanos se deve menos aos seus aspectos formais e de composição dos dispositivos condenatórios do que à própria dificuldade estrutural para se implementar proteção efetiva às vítimas. Resistência sistêmica que se alimenta silenciosamente da produção de documentos de forte apelo público como tratados e de decisões internacionais produzidas com pompas suficientes para encantar e produzir discurso protetivo que não se reflete na vida das pessoas de carne e osso, apenas anestesiando as forças de combate ao regime imposto.

A manutenção das coisas como elas estão, com primazia no paradigma teórico da simplicidade e culto cego à racionalidade eficiente de mercado, além do cativeiro do positivismo como estruturado em nosso sistema, certamente continuarão a ser os elementos propulsores da exploração do homem pelo homem sem quaisquer pudores. E o direito punitivo e pós-violatório pouco pode fazer para alterar esse quadro, quando não ajuda a acentuá-lo.

Por fim, também não se pode deixar de concordar que o sistema interamericano incorre em imperdoável paradoxo ao demorar quase duas décadas para dizer que o Brasil não oferece proteção jurídica a vítimas de violações de direitos humanos em prazo razoável, abalando sobremaneira a sua credibilidade e referenciais.

BIBLIOGRAFIA

BOLFARINI, Isabella. *Força vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Salvador: Juspodivm, 2019.

BORGES, Paulo César Corrêa. Panorama da legislação de combate ao trabalho escravo na América do Sul. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Formas contemporâneas de trabalho escravo. Série "Tutela penal dos direitos humanos"*, n.4. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica, 2015. p. 25-55.

BORGES, Paulo César Corrêa. Tráfico de pessoas: exploração sexual versus trabalho escravo. In: BORGES, Paulo César Corrêa (org.). *Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo*. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013. (Série "Tutela penal dos direitos humanos"), n.3. p. 15-38.

BORGES, Paulo César Corrêa. A Tutela Penal dos Direitos Humanos. *Revista Espaço Acadêmico* - n. 134 - jul-2012.

FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. *Tutela penal e teoria crítica de direitos humanos: uma interseção crítico-dialética marginal*. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2012.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

HADDAD, Carlos H. B. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde: sentença tardia, repercussão limitada. In: MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira et al (coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: desafios e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2018. p. 35-45.

HADDAD, Carlos H. B.; MIRAGLIA, Livia M. M. (coord.). *Trabalho escravo: entre os achados da fiscalização e as respostas judiciais*. Florianópolis: Tribo da ilha, 2018.

LIMA, Raquel da Cruz. *O direito penal dos direitos humanos: paradoxos no discurso punitivo da corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

LOPES, Letícia Andrade. Trabalho escravo na esfera internacional: uma análise de como cortes internacionais tem entendido a escravidão. In: MIRAGLIA, Livia M. M. et al (org.). *Trabalho escravo contemporâneo: governança e compliance*. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019. p. 125-138.

MACHADO, Antônio Alberto. *Elementos de teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 6 ed. São Paulo: Método, 2019a.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais*. São Paulo: Método, 2019b.

OLIVEIRA, Regiane Cristina de. Seeking victims' perspective on remedy: the case of Brasil Verde Farm's workers. *Revista Direito GV*. Vol. 14. n. 2. São Paulo: 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0334.pdf>> Acesso em: 10.dez.2019.

PÁDUA, Fabiana Gil de et al. Trabalho escravo contemporâneo: da omissão estatal brasileira à condenação na esfera internacional. In: MIRAGLIA, Livia M. M. et al (org.). *Trabalho escravo contemporâneo: governança e compliance*. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019. p. 115-124.

PAIVA, Caio Cezar. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 2 ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RUBIO, David Sánchez. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Trad.: Ivone Fernandes Morcilho Lixa, Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

18.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL: DA EFETIVAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo

Mariana Py Muniz Cappellari

RESUMO: A audiência de custódia encontra assento na CADH, documento ratificado pelo Brasil e internalizado em sua ordem jurídica. O Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, sendo que o fenômeno do seu superencarceramento é seletivo, pois abarca uma parcela, em regra, identificada por marcadores sociais como raça, cor, gênero, pobreza, orientação sexual; aliando-se a péssimas condições de encarceramento, equiparadas a tratamento cruel, desumano e degradante, como apontam diversas representações enviadas ao Sistema Interamericano, medidas cautelares, visitas in loco, observações preliminares, relatórios e audiências. Mas, podemos dizer que no mesmo sentido apontam ao Sistema manifestações que dão conta do aumento e permanência da violência policial e sua impunidade, bem como da prática da tortura, o que alcança ao Brasil uma taxa de 30,8 mortes violentas por 100 mil habitantes, e que, de acordo com a OMS, segundo observações preliminares apresentadas pela CIDH em 2018, representa uma “epidemia de violência”, em nada contribuindo para a implantação de uma política de segurança pública cidadã que atenda aos parâmetros de proteção dos Direitos Humanos. Partindo dessas premissas, e tendo em vista a iniciativa do Poder Judiciário nesse sentido, a ideia do trabalho é apontar para a importância da implantação do instituto da audiência de custódia no Brasil, considerando o seu potencial para atacar esses dois problemas estruturais acima descritos e o seu caráter e a sua ambição de promover a efetivação de diversos Direitos Humanos, nos termos da CADH.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Penal, Segurança Pública, Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais; 2. Do superencarceramento seletivo brasileiro: controle social punitivo degradante; 3. A violência policial estruturante da sociedade brasileira; 4. Audiências de Custódia em solo Brasileiro: Entre Avanços e Desafios, “é caminhando que se faz o caminho”; 5. Considerações Finais.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 7.5, assim como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 9.3, trazem enquanto direito a qualquer pessoa presa, encarcerada, detida ou retida, a sua apresentação, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais. Está aí o nascedouro, portanto, do que chamamos audiência de custódia.

Ambos os documentos internacionais foram ratificados pelo Brasil, ainda nos anos 1990, e, portanto, internalizados em sua ordem jurídica. Entretanto, embora o referido

instituto no âmbito do direito comparado e da própria América Latina, date de algum tempo, diferentemente, no Brasil, a sua instituição deu-se apenas no ano de 2015, através de Resolução administrativa formulada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em que pese à ratificação de inúmeros tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, os quais obrigam positivamente os Estados que os ratificaram a sua implementação, como a própria Convenção Americana o faz (CAPPELLARI, 2017).

Diante a inércia legislativa à época, logrando apenas em 2019, por meio da Lei nº 13.964, a inserção do instituto audiência de custódia no Código de Processo Penal; o Judiciário assume para si e de forma ativa essa execução, levando em consideração para tanto não apenas a normativa internacional, a qual já obrigaria o Estado Brasileiro a tanto, mas a realidade carcerária vigente, de superpopulação (somos a terceira maior população carcerária do mundo), bem como a precariedade das condições carcerárias estabelecidas, as quais se traduzem em penalidades cruéis, desumanas e degradantes, haja vista o reconhecimento a tanto efetivado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº 347/DF) do estado de coisas inconstitucional desse mesmo sistema carcerário, assim como apontam diversas representações enviadas ao Sistema Interamericano, medidas cautelares, visitas in loco, observações preliminares, relatórios e audiências junto a Comissão Interamericana; como, ainda, a ausência de vagas em todos os regimes de cumprimento de pena existentes, avistando-se, assim, a necessidade premente de desencarceramento em solo brasileiro (CAPPELLARI, 2017).

A ideia, então, da chamada audiência de custódia é trazer à apresentação do Juiz toda a pessoa presa, assegurando, dessa forma, não apenas a efetivação de um direito humano, mas, também, a possibilidade de que o Juiz ao ouvir e ao avistar a pessoa presa, possa aferir acerca da legalidade e da necessidade dessa prisão, controlando o encarceramento e reduzindo seus danos nefastos, bem como possa identificar, tomar conhecimento e dar encaminhamento à apuração das práticas e procedimentos policiais, monitorando as violências produzidas pelos agentes de segurança pública do Estado (CAPPELLARI, 2017).

Nesse contexto, a audiência de custódia tem um papel fundamental por que exatamente tem por intuito atentar para dois problemas estruturais brasileiros: o superencarceramento, o qual entendemos enquanto controle social punitivo degradante; e a violência estatal das práticas policiais, na medida em que na custódia é possível trazer à tona como as nossas polícias estão atuando em solo brasileiro, revelando seus dados tristemente, de acordo com pesquisas iniciais,⁶⁰⁰ conforme já se tem notícia, a prática reiterada e arraigada, estrutural e institucionalizada, de condutas, comportamentos

600 Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/index.php/2016/05/31/monitoramento-das-audiencias-de-custodia-em-sao-paulo/>>. Acesso em: jun. 2016.

policiais, os quais se traduzem em torturas, maus tratos e violências de toda a ordem (CAPPELLARI, 2017).

Nesse sentido, com Holloway (1997), podemos dizer que no Brasil a violência policial não é um remanescente de outras épocas, mas está incorporada nas estruturas regulamentares de repressão, pois a criação da nossa polícia vem como suplementação da disciplina coercitiva tradicionalmente ministrada pelos senhores de escravos.

Também, podemos dizer que no mesmo sentido apontam ao Sistema Interamericano manifestações que dão conta do aumento e permanência da violência policial e sua impunidade, bem como da prática da tortura, o que alcança ao Brasil uma taxa de 30,8 mortes violentas por 100 mil habitantes, e que, de acordo com a Organização Mundial de Saúde - OMS, segundo observações preliminares⁶⁰¹ apresentadas pela CIDH em 2018, representa uma “epidemia de violência”, em nada contribuindo para a implantação de uma política de segurança pública cidadã que atenda aos parâmetros de proteção dos Direitos Humanos.

Por outro lado, o aprisionamento provisório, em determinados Estados, tal como no Rio Grande do Sul, ainda permanece bastante elevado, embora a regulamentação do instituto deva ser constantemente saudada, por que nos parece que às audiências de custódia são um *locus* fundamental para a disseminação de uma cultura protetiva de Direitos Humanos, a qual perpassa a sociedade como um todo, o sistema judicial e seus próprios agentes.

O presente artigo, portanto, partindo dessas balizas, tem por objetivo apontar para a importância da implementação das audiências de custódia no Brasil, instrumento que nos parece indispensável para se atacar esses dois problemas estruturais brasileiros: o superencarceramento e a violência estatal das práticas policiais, para além de representar um mecanismo eficiente de disseminação de uma cultura protetiva de Direitos Humanos, o que se torna imprescindível num marco nacional onde as tradições autoritárias tendem a sufocar direitos e a própria ideia de democracia, entre avanços e retrocessos.

Para tanto, após se contextualizar a situação prisional brasileira, bem como aportar dados acerca da violência policial no Brasil, apontando para os dois problemas estruturais os quais são objeto das audiências, pretende-se partir de um breve histórico da implementação destas, avaliando-se sua evolução e o pioneirismo da ação patrocinada pelo Poder Judiciário brasileiro.

A ideia é apontar para a imprescindibilidade do instituto audiência de custódia no Brasil, e o quanto a sua efetivação, ainda que tenhamos desafios a sua consolidação e necessidade de aperfeiçoamento, representa a construção de uma política efetiva de afirmação dos Direitos Humanos e de redução das desigualdades e da violência, mormente

601 Disponível em: <file:///D:/160319/TESE/CIDH/CIDH-Observações-preliminares.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

dentro do espectro da jurisdição nacional brasileira, cuja realidade e dados apresentados apontam para a sua indispensabilidade, dado o déficit de uma cultura valorativa e pro-ativa de direitos humanos na história da própria formação brasileira.

2. DO SUPERENCARCERAMENTO SELETIVO BRASILEIRO: CONTROLE SOCIAL PUNITIVO DEGRADANTE

Não é de hoje a superlotação carcerária brasileira, na verdade ela data desde o século XIX e se estende a todos os Estados da federação. Mas o hiperencarceramento que vivenciamos é um fenômeno que se avoluma e se agrava em solo brasileiro, portanto, não é novidade que o Brasil é o terceiro país do mundo que mais encarcera, perdendo em liderança para os EUA e a China, apenas, pois consoante os dados de 2017 apresentados pelo Sistema de Informações estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro - Infopen,⁶⁰² o Brasil logra desbancar a Rússia, alcançando, assim, não mais o quarto, mas o terceiro lugar no ranking dos países que mais encarceram no mundo (CAPPELLARI, 2018a).

Os dados então referidos foram compilados tendo como marco final para tabulação o mês de junho de 2016, portanto, na oportunidade, sem desconsiderar o crescimento tendente, o Brasil contaria com uma população carcerária que ultrapassa 726.712, sendo que 290.684 (40%) dessa população corresponderiam às pessoas que se encontram no sistema a título provisório, ou seja, sem condenação, podendo, portanto, e, inclusive, serem absolvidas no curso da instrução do processo (CAPPELLARI, 2018a).

A situação, no entanto, em todo o País, diante o déficit de vagas e um aumento da população carcerária em 707%⁶⁰³ em relação ao total registrado no início da década de 90, é de encarceramento num sistema prisional que alcança a declaração de estado de coisas inconstitucional e que se estabelece em condições degradantes, para além das carceragens das delegacias de polícia (CAPPELLARI, 2018a).

Já referimos que de acordo com o levantamento nacional de informações penitenciárias - Infopen,⁶⁰⁴ o Brasil, em junho de 2016, atinge a população prisional de 726.712. Desse montante, 689.510 se encontram no sistema penitenciário, 36.765 em secretarias de segurança e carceragens de delegacias de polícia, restando 437 pessoas recolhidas junto ao sistema penitenciário federal.

No que diz com o número de vagas prisionais, expõe o Infopen que o Brasil conta com 368.049, restando um déficit de 358.663, o que nos dá uma taxa de ocupação de

602 Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: fev. 2018.

603 Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: fev. 2018.

604 Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: fev. 2018.

197,4% e uma taxa de aprisionamento de 352,6, ou seja, número de presos e de presas para cada 100 mil habitantes (CAPPELLARI, 2018a).

Isso é tão assustador por que se tomarmos por base a população carcerária brasileira no ano de 2007, no montante de 422.590, podemos sugestionar que o crescimento da população privada de liberdade poderá ultrapassar um milhão de pessoas no ano de 2027, por exemplo, ou seja, daqui a menos de dez anos apenas, sem considerar todas as demais pessoas que se encontram diante do e sob o controle penal, fenômeno já apontado por Garland (2008) em relação aos Estados Unidos da América (CAPPELLARI, 2018a).

De acordo com Azevedo e Cifali (2017) dados do Departamento Penitenciário Nacional dariam conta de que a opção pelo encarceramento no Brasil está vinculada a dois fatores principais: o aumento constante das taxas de encarceramento preventivo, o que no ano de 2016 atinge o percentual de mais de 40% da população carcerária sem condenação; e o aumento da criminalização do mercado da droga, o que envolve necessariamente uma grande discussão em torno da política de drogas no Brasil, não apenas em âmbito legislativo (CAPPELLARI, 2018a).

Ocorre que, conforme os mesmos autores expõem, o fato é que tal aumento não é acompanhado pela garantia de condições carcerárias mínimas, contribuindo para o aumento da violência no interior do sistema, a disseminação de doenças, o fortalecimento e a expansão das facções criminosas, além de inúmeras violações de direitos humanos, constatadas em relatórios realizados por organismos internos e internacionais, bem como por representações manejadas perante os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos (CAPPELLARI, 2018a).

Nesse sentido, Azevedo e Cifali (2017, pág. 56) aduzem que,

“Sem a garantia de vagas no sistema e com o crescimento do número de presos a cada ano, parece evidente que as prisões no Brasil acabam por assumir um papel crimínogeno, reforçando os vínculos do apenado com a criminalidade e deslegitimando a própria atuação do Estado no âmbito da segurança pública. A responsabilidade aqui pode ser compartilhada pela União e pelos Estados, responsáveis pela garantia das vagas carcerárias, pelo Congresso Nacional, incapaz de avançar na reforma da legislação penal e na definição de uma política criminal mais racional, e do Poder Judiciário, que pela morosidade e atuação seletiva acaba por agravar a situação por meio das altas taxas de encarceramento preventivo.”

É assustador o que o sistema prisional produz (CAPPELLARI, 2018a). Nas palavras do próprio Supremo Tribunal Federal,⁶⁰⁵ quando do julgamento e da concessão em parte de medida cautelar nos autos da ADPF 347, o Supremo ao reconhecer o pleito do partido político PSOL de declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, assim estabelece:

605 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: fev. 2018.

“O Plenário anotou que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas. (...) Destacou que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a própria sociedade. Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves. Consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. Registrou que a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único e exclusivo poder, mas aos três — Legislativo, Executivo e Judiciário —, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e do Distrito Federal.”

No entanto, ainda que cancelado e declarado pelo Supremo Tribunal Federal o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, o que representa o reconhecimento de contínuas e persistentes violações de direitos humanos por parte do Estado e de todos os seus poderes e instituições atuantes nesse contexto, há crítica no sentido de que a maior parte dos pleitos cautelares formulados pelo partido político PSOL foram afastados pela Suprema Corte e justamente aqueles que permitiriam ações efetivas, concretas e impactantes no hiperencarceramento, como penas alternativas à prisão, abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de direitos previstos na Lei de Execução Penal brasileira, abatimento da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica de forma a compensar o ilícito estatal, entre outras (CAPPELLARI, 2018a).

Ponto positivo, no entanto, foi à determinação nos autos da ação de descumprimento de preceito fundamental nº 347, de implantação das audiências de custódia em todo o território brasileiro.

Entretanto, em outra oportunidade, Cappellari (2016) asseverou que a comparação do encarceramento Brasileiro a pena de morte é decorrência da realidade existente, não por menos, no voto⁶⁰⁶ do Ministro Luís Roberto Barroso nos autos do Recurso Extraordinário 580252/MS, com repercussão geral, reconhece o mesmo que a superlotação e a precariedade das condições dos presídios correspondem a problemas estruturais e sistêmicos, de grande

606 Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> >. Acesso em: fev.2018.

complexidade e magnitude, que resultam, segundo ele, de deficiências crônicas do sistema prisional brasileiro, sendo que tais problemas atingem um contingente significativo de presos no país, tanto que dá conta de graves deficiências na prestação das assistências previstas na Lei de Execução Penal, quicá material e de saúde, aduzindo para rotineiros registros de casos de violência física e sexual, homicídios, maus tratos, tortura e corrupção, praticados tanto pelos detentos, quanto pelos próprios agentes estatais. Nessa senda, impossível não se concordar com Zaccone (2015), *“quanto mais se prende, mais se mata”*.

O relatório global⁶⁰⁷ sobre homicídios, publicado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes – UNODC, de 2019, dá conta da taxa de 39 presos mortos violentamente para cada grupo de 100.000 encarcerados no Brasil.

Nesse contexto, também, a evolução da população de mulheres encarceradas no Brasil, de acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN,⁶⁰⁸ de 2000 a 2014, teve um aumento de 567%, inclusive (CAPPELLARI, 2018a).

Agora, se o sistema prisional é um problema de segurança pública, dentro do marco do que se entende por segurança cidadã,⁶⁰⁹ estando no seu cerne, surpreendentemente deveríamos nos questionar acerca de quais são os efeitos que o encarceramento provoca, bem como quem constitui a população carcerária brasileira.

Em relação ao último questionamento, a interseção gênero, raça e classe escancara a seletividade do sistema prisional brasileiro, reproduzindo e agravando as desigualdades, o que amplia as vulnerabilidades sociais, psíquico, econômica, entre outras (CAPPELLARI, 2018a).

Talvez, não seja por menos que o Supremo Tribunal Federal reconhece o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro dando conta que o encarceramento produz degradação moral, abuso e violações de direitos, disseminação de doenças infectocontagiosas, novas e mais violentas facções, estigma social e massacres (CAPPELLARI, 2018a).

Michel Foucault (1998) já teria anunciado que

“desde o começo a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo em que o próprio projeto. Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. A prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são úteis tanto no domínio econômico como no político. Os delinquentes servem para alguma coisa.”

607 Disponível em: < <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html>>. Acesso em: ago. 2019.

608 Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-Infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: fev. 2018.

609 Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20PORT.pdf>>. Acesso em: ago. 2019.

A prisão é uma instituição total e como toda a instituição total, tenha as condições estruturais que tiver, como há muito já referenciou Erving Goffman (2001), vai operar na mortificação do eu, tanto que Carnelutti (2010) já considerava a prisão como um cemitério onde se enterrava vivo o preso (CAPPELLARI, 2018a).

Não por menos, a prisão é um dos principais fatores da criminalidade, pois a violência não é um desvio da prisão, é a própria prisão (LEAL, 1998), inclusive, diante os chamados efeitos que a prisionização por si só produz (sociais, psíquicos e sexuais).

Entretanto, creditamos legitimidade à pena de prisão, bem como entendemos possível a sua compatibilização à Constituição, à legislação infraconstitucional e aos documentos internacionais, acaso atacados os seus maiores problemas, como, por exemplo, a superlotação e a prisão provisória abusiva, situações passíveis de análise em sede de audiência de custódia.

Nesse contexto, é importante se atentar para o recorte da diversidade e da vulnerabilidade que é inerente, esta última, a privação de liberdade. Por diversidade(s) entendemos tratar-se de uma construção histórica, social, cultural e política das diferenças, que refletem relações assimétricas de poder. Tais relações resultam no acirramento de desigualdades e no âmbito social e penal tornam grupos e pessoas mais vulneráveis a riscos sociais, físicos, morais, psicológicos e materiais. Daí a necessidade de reconhecimento do direito à diferença.⁶¹⁰

Essas vulnerabilidades possuem interseções, tais como: Gênero; Idade; Doenças; Orientação Sexual; Nacionalidade; Deficiência; Crença Religiosa; Etnia; Raça. Sinalize-se que a prisão enquanto instituição total que é, amplifica concepções morais arraigadas na sociedade. Assim, a prisão acentua a vulnerabilidade dos grupos, combinando diversos fatores a tanto (CAPPELLARI, 2018a).

Em publicação do ano de 2019 do Infopen,⁶¹¹ que compila dados referentes ao ano de 2017 do sistema prisional brasileiro, verificamos que em relação à faixa etária das pessoas privadas de liberdade no Brasil, a sua maior parte é composta por jovens. Entre estes, 29,9% possuem entre 18 a 24 anos, seguido de 24,1% entre 25 a 29 anos e 19,4% entre 35 a 45 anos. Somados o total de presos até 29 anos de idade totalizam 54% da população carcerária.

Já em relação à cor ou etnia da população prisional brasileira, o relatório dá conta de que 46,2% das pessoas privadas de liberdade no Brasil são de cor/etnia parda, seguido de 35,4% da população carcerária de cor/etnia branca e 17,3% de cor/etnia preta. Entretanto, se somarmos as pessoas presas de cor/etnia pretas e pardas, estas totalizam 63,6% da população carcerária nacional.

610 Disponível em: <<http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/diversidades/publicacao-e-pesquisas>>. Acesso em: fev. 2018.

611 Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: ago. 2019.

Em relação à escolaridade, pode-se dizer que mais da metade da população carcerária brasileira possui baixa escolaridade, e em relação ao encarceramento por tipo penal, o relatório dá conta de que o grupo drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06) registra um total de 156.749 pessoas detidas por crimes desta natureza. Os crimes contra o patrimônio somam 234.866 incidências e os crimes contra a vida representam 64.048. Ao comparar a distribuição entre homens e mulheres, o relatório destaca a maior frequência de crimes ligados ao tráfico de drogas entre as mulheres.

Nesse último ponto, no que toca ao encarceramento feminino, é importante, no entanto, ressaltar decisão de fevereiro de 2018 da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que se constitui num avanço, na medida em que concede prisão domiciliar como substitutiva da prisão preventiva a mulheres e adolescentes em prisão preventiva que estejam grávidas, com filhos e filhas de até 12 anos de idade, ou sejam responsáveis por pessoas com deficiência.

Sinale-se, por outro lado, que em âmbito brasileiro não há dados que digam com o quantitativo de pessoas que se identificam como LGBT no sistema prisional, embora sistematicamente essa população seja alvo de discriminações, preconceitos e violências. Conforme se verifica junto ao Infopen⁶¹² do ano de 2014, o dado que encontramos, o qual diz com a referida população, é apenas condizente com a existência ou não de celas específicas. Assim, conforme a publicação referida, em 73 (5%) dos estabelecimentos prisionais no Brasil havia celas específicas para pessoas LGBT, em 1% (10 estabelecimentos) havia alas específicas, e na maioria (86%) não há alas ou celas específicas. No total, essas alas e celas tinham a capacidade de abrigar cerca de 640 pessoas (CAPPELLARI, 2018a).

Todos esses marcadores sociais esboçados, portanto, contribuem e reforçam a seletividade do sistema prisional brasileiro, o qual se constitui em um sistema de controle social punitivo degradante, haja vista a retroalimentação da violência promovida num contexto de cultura punitiva e encarceradora, geradora de superlotação, más condições estruturais, ausência de assistências básicas, o que produz degradação moral, abuso e violações de direitos, disseminação de doenças infectocontagiosas, novas e mais violentas facções, estigma social e massacres, que não cessam, mas se acentuam cada vez mais e constantemente, conforme já presenciamos no ano de 2019, em Altamira (PA), assim como em outros anos em Manaus, Pedrinhas, Boa Vista, Alcaçuz, Carandiru e tantos outros.

612 Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: fev. 2018.

3. A VIOLÊNCIA POLICIAL ESTRUTURANTE DA SOCIEDADE BRASILEIRA

Tenciona-se chamar de violência policial aquela produzida por agentes de segurança pública do Estado. Ocorre que o conceito de violência, em si mesmo, encontra diversos matizes. Para a OMS – Organização Mundial de Saúde, de acordo com o relatório mundial sobre violência e saúde,⁶¹³ a violência pode ser conceituada como *“O uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação.”* (CAPPELLARI, 2017).

No caso da violência policial, e, de acordo com Costa (2004), temos que as forças policiais são instituições autorizadas a usar a força, embora tenha que se diferenciar entre uso da força e violência policial, haja vista que uma determinada prática ainda que tenha sido declarada legítima em algum momento, pode vir a ser interpretada como violenta e ilegal em outras épocas e sociedades. Hoje, inúmeras práticas são reconhecidas como formas de violência policial: a tortura; as detenções violentas; as mortes sob custódia; o abuso da força letal; o controle violento das manifestações públicas; as operações policiais e a intimidação e a vingança.

O fato é que partimos do pressuposto que a violência policial no âmbito brasileiro, contexto que nos toca, é estrutural e institucionalizada, produzindo uma cultura policial que tencionamos influenciar as práticas judiciais, inclusive.

Nesse sentido, Kant de Lima (1995) dá conta de que ao aplicar códigos distintos a grupos diferentes da sociedade brasileira, a polícia pratica uma reinterpretação e categorização de condutas sociais e seus significados culturais. Dessa forma a polícia classifica a população vigiada de acordo com um conceito hierárquico de cultura. E a ideologia jurídica, oficial e extraoficialmente, apoia a classificação da polícia.

Isso por que Kant de Lima (1995) deixa claro que as práticas policiais no Brasil não representam um fenômeno isolado, mas refletem as ideologias política, legal e judicial, bem como o exercício do poder e a administração da justiça na sociedade brasileira. Para o autor, ética policial e ideologia judicial, ao lado da atividade da polícia, são exemplos de mecanismos inerentes ao Estado que implementam a lei no Brasil. Daí extraímos a aplicação de regras processuais diferentes e princípios legais distintos a situações análogas, mas dependendo do contexto social e do *status* das pessoas envolvidas.

Interessante pontuar, no entanto, de acordo com Rudnicki e Matusiak (2016), os quais efetivaram pesquisa em torno das decisões judiciais produzidas pelo TJRS –

613 Disponível em: <<http://www.opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundial-violencia-saude.pdf>>. Acesso em: jun. 2016.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em relação ao crime de tortura, analisando a responsabilização dos agentes privados e públicos, que, embora a tortura seja considerada crime contra a humanidade pelos Tratados Internacionais e crime equiparado a hediondo pela lei brasileira, continua presente na realidade pátria, havendo maior interesse das agências penais de puni-la quando praticada por agentes privados, do que por agentes públicos, o que ocorre pelas características do sistema penal brasileiro, estamental e contaminado pela seletividade penal, uma vez que concluem haver diferença na aplicação da lei de tortura pelo Poder Judiciário, em razão do acusado ser agente público ou privado, e, neste sentido, a pesquisa permite afirmar que a aplicação da lei de tortura acontece de forma seletiva, punindo mais os agentes particulares. O que permite o esvaziamento do conceito de tortura, quando praticada por agente público, nos termos dos documentos internacionais, o que já veio acenado pela lei brasileira, que ao tipificar tortura, também tratou de abranger o agente privado, não dando, portanto, tanta relevância a prática da mesma por parte de um agente estatal.

Talvez Kant de Lima (2001) possa nos explicar também esse fenômeno quando ao comparar o modelo de sistema de justiça dos EUA ao brasileiro, dá conta de que no Brasil, contrariamente ao modelo norte-americano, o modelo enfatizado pelo sistema jurídico não reivindica uma origem ‘popular’ ou ‘democrática’ para a legitimação da sua existência, pelo contrário, alega ser produto de uma reflexão iluminada, uma ‘ciência normativa’, que tem por objetivo o controle de uma população sem educação, desorganizada e primitiva. Razão pela qual, esclarece que por oposição ao modelo de paralelepípedo que encontramos no caso norte-americano, temos aqui a representação de um modelo piramidal, em que a desigualdade é natural.

O mesmo autor dá conta de que os procedimentos criminais de produção da verdade no Brasil, no caso o inquérito policial, o procedimento criminal e o tribunal do júri, não nascem de uma negociação, que produz verdades para resolver conflitos produzindo novos contratos de ordenamento social, mas pretendem se fundar na descoberta de uma verdade, tarefa que se impõe para a manutenção de uma ordem social dita harmônica, e tal harmonia deve ser garantida por uma espécie de estratégia de suspeição sistemática, exercitada ora pela autoridade policial, em nome do Estado, ora pelos serventuários e operadores judiciais, constituindo-se em verdadeira estratégia de dominação (KANT DE LIMA, 1999).

Holloway (1997) aduz que a história da instituição policial é a história de uma das instituições fundamentais do mundo moderno, através da qual o poder do Estado invadiu o espaço público para controlar e dirigir o comportamento das pessoas. As instituições policiais do tipo moderno surgem na transição do século XVIII para o século XIX, quando da difusão da ideologia liberal entre as minorias poderosas, restando à aplicação de mecanismos impessoais de coerção às maiorias impotentes.

De acordo com o mesmo autor, as instituições estatais assumem a autoridade antes exercida pelas hierarquias personalistas, no caso brasileiro sendo bastante acentuada a escravatura, podendo-se falar na transição da vontade arbitrária do soberano para procedimentos judiciais baseados nos direitos do homem/cidadão; da tortura pública para o encarceramento disciplinar como punição, tal como Foucault analisa; da criação de instituições burocráticas, como a polícia, para preencher o espaço público.

Por meio da polícia, portanto, o Estado assume a tarefa de proteger a propriedade, o que na sociedade tradicional era tarefa dos particulares, e começa a exercer o controle sobre o comportamento público, inclusive, delimitando esse comportamento a determinados espaços geográficos.

Monet (2001) ao estudar a polícia no contexto das sociedades europeias, aduz que a passagem das formas antigas às formas modernas de polícia não aparece nunca como consequência direta de um extravasamento da criminalidade, quanto mais próximo da contemporaneidade, há apenas uma única forma de criminalidade que tem importância: o que se define como comportamento político transviado ou criminoso, o que, segundo as épocas, de acordo com o autor, pode ir da greve ilícita até o terrorismo.

Holloway (1997), ao analisar a polícia no Rio de Janeiro, no século XIX, deixa claro que no Brasil havia uma ausência de legitimidade e consenso na sociedade e na cultura política brasileira, no que diz com a presença da polícia nas relações sociais e da própria lei. Ao focar na dialética repressão e resistência no Brasil, afirma que essa se relaciona com a imposição de instituições burocráticas de controle aparentemente modernas a uma sociedade carente de outros atributos fundamentais da modernidade, tal como a igualdade perante a lei.

Isso por que no Brasil o cidadão estaria sujeito a leis impessoais e ao poder brutal da polícia, que desde então discriminava sistematicamente, fortalecendo, assim, e dando continuidade as relações sociais hierárquicas tradicionais, mas agora as estendendo-as ao espaço público impessoal. A polícia nasce, então, para constranger, delimitar a um determinado espaço geográfico e controlar o comportamento de uma categoria social vista aos olhos da elite com atributos negativos, uma vez que não possuíam riqueza, poder ou *status*.

Ainda na sua visão, a introdução de modernas instituições burocráticas, tal como a polícia, colocou à disposição das elites tradicionais novos mecanismos para enfrentar as pressões de baixo, consequência do capitalismo periférico e do legado da escravidão. Para que poucos se mantivessem no poder, muitos deveriam se subordinar à sua vontade ou se manter excluídos.

A violência policial nesse contexto não era um remanescente de outras épocas, mas estava incorporada nas estruturas regulamentares de repressão. A criação da nossa

polícia vem como suplementação da disciplina coercitiva tradicionalmente ministrada pelos senhores de escravos.

Holloway (1997) é preciso,

As modernas instituições de controle eram necessárias não apenas para preservar o *status quo*, o que em todo o caso seria impossível, mas para lidar com os efeitos sociais do colapso da velha ordem. Neste sentido, o desenvolvimento do aparato de repressão foi também progressivo e previdente. Possibilitou à elite política e econômica conservar a vantagem na guerra social, controlar os escravos e seus sucessores funcionais e manter a ralé acuada. O Brasil convive com os resultados até hoje.

No mesmo sentido, Kant de Lima (1999),

A esses problemas acresce o caráter “real” da polícia brasileira, tanto militar como civil, desde D. João VI, cuja coroa enfeita o brasão da nossa Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, até o *ethos* repressivo que permeia nossa Polícia Civil, está, sempre, a polícia, a serviço do Rei, do Estado, para conciliar forçadamente ou para reprimir conflitos e não para resolvê-los, garantindo a ordem estatal pública e não negociando e disciplinando, preventivamente, a ordem dos cidadãos.

De acordo com Nascimento (2014), com o regime militar pós-1964, a polícia se fortalece como braço político do Estado. A segurança pública passa a ser prioridade, reforçando o autoritarismo da polícia, especialmente na utilização da tortura contra os então inimigos políticos. Há uma manipulação da instituição, de acordo com a autora, pelo regime militar, que a utiliza para reprimir de forma violenta e arbitrária aqueles que são contrários ao regime estabelecido. Na redemocratização a polícia é obrigada a rediscutir sua participação na segurança pública, mas a Constituição Federal de 1988 é tímida nesse ponto.

Para Nascimento (2014), no período transcorrido entre a redemocratização do país e o início do século XXI, fica evidente o quanto a polícia ainda é vinculada a interesses políticos e particularistas, uma vez que a sua atuação ainda se mantém instável até hoje, mudando seu foco de ação de acordo com os diferentes governos e governantes.

Caruso (2004) ao estudar a construção do ‘fazer policial’ entre os praças da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, conclui que a lógica da divisão de classes, presente na sociedade em geral, parece ser reproduzida na estrutura policial militar, a existência de formas diferenciadas de acesso à instituição, bem como o fato de que os bens culturais, sociais e econômicos ainda continuam concentrados no topo da pirâmide hierárquica que representa a dinâmica das nossas relações sociais, contribuem a isso. Esta dinâmica, de acordo com a autora, remete a uma compreensão de que há uma lógica que organiza a atividade policial militar da ponta que nem sempre é compatível com o modelo democrático de polícia ostensiva, o que abre espaço para a construção de uma razão prática informada em valores que reiterem formas discriminatórias de atuação junto à sociedade.

Já Costa (2004) dá ênfase ao fato de que a palavra polícia deriva do termo grego *polis*, mesma origem da palavra política, razão pela qual a atividade da polícia é política, uma vez que diz respeito à forma como a autoridade coletiva exerce o seu poder. Para o autor, dado o caráter político tanto da forma de controle social quanto dos limites da atividade policial, a tensão entre lei e ordem irá variar em função das características de cada Estado e do tipo de regime político implantado. A forma de controle social e o papel das polícias dependem de fatores políticos, sociais e econômicos. Os limites da atividade policial dependerão de mecanismos institucionais de controle, existentes num dado regime democrático.

No caso brasileiro, de acordo com Gonçalves (2014), a tortura enquanto prática policial parece estar associada a uma cultura de repressão que acompanha a história do nosso País, desde a nossa colonização, embora a experiência passada produzida no interior de regimes autoritários, como as ditaduras, tenham sim influenciado e contaminado as instituições de segurança pública, podendo-se falar, inclusive, em uma permanência autoritária, a qual não cedeu à Constituição Federal de 1988, mormente por que inexistente uma ruptura democrática, não havendo mudança significativa nessa cultura repressiva, a qual vem validada pela sociedade no mais das vezes (CAPPELLARI, 2017).

Segundo a Anistia Internacional,⁶¹⁴ o Brasil é o país onde mais se mata no mundo, superando muitos países em situação de guerra. De acordo com a referida organização, em 2012, 56.000 pessoas foram mortas. Destas, 30.000 eram jovens entre 15 a 29 anos de idade e, desse total, 77% eram negros. Também, de acordo com a mesma entidade, a Polícia Militar do Rio de Janeiro tem usado força letal de forma desnecessária, desproporcional e arbitrária, pois entre 2005 e 2014, 5.132 pessoas foram mortas por policiais em serviço na cidade do Rio de Janeiro/RJ. A grande maioria das vítimas era de jovens negros que viviam em favelas (CAPPELLARI, 2017).

Mais recentemente, o atlas da violência de 2018,⁶¹⁵ uma publicação conjunta entre o Fórum Brasileiro de Segurança Pública e o IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada dá conta de que no ano de 2016 os homicídios no Brasil atingem a cifra de 62.517, em um aumento de mais de 5% em relação ao ano de 2015 e de mais de 14% em relação ao ano de 2006. De acordo com o documento, isso implica dizer que pela primeira vez na história do país superamos o patamar de 30 mortes por 100 mil habitantes (taxa igual a 30,3). E dados do último Anuário Brasileiro de Segurança Pública⁶¹⁶ estimam ao menos 4.222 mortes decorrentes de intervenções policiais no Brasil.

E o que já havia sido constatado pela Anistia Internacional ainda no ano de 2012, no que tange ao recorte de raça, classe e gênero da população vitimada por mortes vio-

614 Disponível em: <<http://www.anistia.org.br>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

615 Disponível em: <<http://forumseguranca.org.br>>. Acesso em: jun. 2018.

616 Disponível em: <<http://forumseguranca.org.br>>. Acesso em: jun. 2018.

lentas e intervenções policiais, permaneceu em constante ascensão, conforme o atlas da violência de 2018 pontuou.

No ano de 2016, 33.590 jovens foram assassinados no país, em percentual de mais de 7,4% em comparação com o ano de 2015, razão pela qual a taxa de homicídio de jovens por 100 mil habitantes no Brasil em 2016 remonta ao percentual de 65,5%, sendo que a taxa de homicídio de negros se fixa em 40,2 e a taxa de homicídio de não negros em 16,0, o que permite pontuar que em 2016 a taxa de homicídio de negros equivale a 2,5 vezes a de não negros, sendo que entre os anos de 2006 a 2016, a taxa de homicídios de negros cresceu 23,1%, enquanto que a taxa de homicídios de não negros nesse mesmo período teve uma redução de 6,8%.

Em relação às mulheres, o atlas da violência de 2018 dá conta de que as taxas de homicídio para cada grupo de 100 mil mulheres remonta a 4,5, sendo de 5,3 a taxa correspondente às mulheres negras e de 3,1 a que diz com mulheres não negras. Em 10 anos a taxa de homicídios de mulheres negras aumentou 15,4%, enquanto entre mulheres não negras houve uma queda de 8%.

Já a publicação intitulada Atlas da Violência de 2019,⁶¹⁷ nos traz, consoante os dados oficiais do Sistema de Informações sobre Mortalidade, do Ministério da Saúde (SIM/MS), que em 2017 houve 65.602 homicídios no Brasil, o que equivale a uma taxa de aproximadamente 31,6 mortes para cada cem mil habitantes, tratando-se do maior nível histórico de letalidade violenta intencional no país.

A mesma publicação enfatiza que 35.783 jovens foram assassinados em 2017, o que corresponde a uma taxa de 69,9 por 100 mil jovens, havendo um aumento de 6,7% com relação a 2016 e de 37,5% em relação a 2017.

Do total de mortes violentas no Brasil no ano de 2017, constatou-se que 75,5% das vítimas de homicídio eram negras. A taxa de homicídio de negros é de 43,1, enquanto a taxa de homicídio de não negros é de 16,0, ou seja, para cada indivíduo não negro vítima de homicídio, houve 2,7 negros mortos. Sendo que de 2007 a 2017 a taxa de homicídio de negros cresceu 33,1% e a taxa de homicídio de não negros cresceu 3,3%.

O documento também faz referência ao aumento da violência contra a mulher, aduzindo que 4.936 mulheres foram assassinadas no ano de 2017, tratando-se do maior número em dez anos, havendo 13 vítimas por dia, sendo que 66% das vítimas nesse último ano eram negras.

Em relação às denúncias de homicídio em relação à população LGBT, o Atlas da Violência de 2019 aduz que foram denunciados 193 homicídios contra essa população

617 Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_versão-coletiva.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

em 2017, havendo um aumento do número dessas denúncias entre 2016 e 2017, em 127%, ou seja, de 85 denúncias passamos para 193.

Não se desconhece, de acordo com Zaffaroni (2012), que a função policial foi inventada para colonizar, mas foi levada às cidades metropolitanas quando se decidiu controlar pela força a violência criada pela concentração urbana, isto é, segundo o autor, *“quando se optou por tratar as massas deslocadas internas, que ainda não podiam se colocar na produção pela escassa acumulação de capital primitivo, da mesma forma que os colonizados eram tratados.”* (CAPPELLARI, 2017).

Nesse contexto, sem dúvida, o que nos remonta é a ideia de uma polícia violenta, contudo, essa é a superfície apenas do problema, pois no seu mais recôndito esconde-se encontramos é a naturalização por parte da sociedade e a legitimação por meio dos atores jurídicos dessa prática violenta e letal, alimentando, assim, e validando, também, essa cultura referendada às polícias apenas (CAPPELLARI, 2017).

Por essa razão, Zaffaroni (2012) vai nos dizer que o massacre não pode ser levado em consideração se a direção do grupo hegemônico que o impulsiona não conta com o apoio, ou pelo menos com a indiferença da população, e com a convicção das agências executoras, nesse caso, a polícia (CAPPELLARI, 2017).

Por isso, também, e nessa senda, cita Orlando Zaccone (2015) o jurista e desembargador Sérgio Verani: *“O aparelho repressivo-policial e o aparelho ideológico-jurídico integram-se harmoniosamente. A ação violenta e criminosa do policial encontra legitimação por meio do discurso do Delegado, por meio do discurso do Promotor, por meio do discurso do Juiz. Se as tarefas não estivessem divididas e delimitadas pela atividade funcional, não se saberia qual é a fala de um e qual é a fala de outro – porque todos têm a mesma fala, contínua e permanente.”* (CAPPELLARI, 2017).

Não por menos, Zaccone (2015) vai dar conta de que o uso da força letal se traduz em lógica punitiva recorrente na história do Brasil, desde a colonização até hoje a podemos visualizar, como por meio da intolerância para com o criminoso, definido e escolhido como delinquente, decidindo, assim, o Estado pela difusão de emergências vinculadas ao medo e ao caos, as quais, por meio dessa cultura punitiva, irão produzir e reproduzir de forma incessante a lógica do inimigo. Um ser fabricado em larga escala, conforme Carlos Henrique Aguiar Serra, no prefácio da obra de Zaccone, *‘numa espécie de linha de montagem de longa duração, mas com sinais e códigos contemporâneos, pelo poder punitivo cuja existência, num certo sentido, somente justifica-se por esta essência punitiva que acaba inexoravelmente por despolitizar os conflitos sociais e sacralizar a punição.’* (CAPPELLARI, 2017).

Assim também que Kant de Lima (2004) problematiza o desenvolvimento da cidadania no Brasil ao modelo de sociedade e de sistema de justiça criminal brasileiro,

o qual inclui a polícia no seu bojo, aduzindo que a desigualdade é um princípio organizador oriundo da sociedade tradicional brasileira, desde os tempos coloniais, que entranhada no tecido social, contamina as relações nas instituições sociais, sendo o sistema de justiça criminal apenas mais uma de suas dimensões.

As práticas policiais, bem como as judiciais, assim confirmam a naturalização da desigualdade própria de nossa consciência cultural. De acordo com Kant de Lima (2004),

A estratégia de controle social na forma piramidal é repressiva, visando manter o *status quo ante* a qualquer preço, sob pena de desmoronar toda a estrutura social. Portanto, não se pretende que os componentes da sociedade internalizem as regras, mas a hierarquia, pois sua aplicação não será nunca universal, mas hierarquizada, o que explica porque as regras são aplicadas desigualmente aos membros da sociedade. O sistema funciona com a aplicação particularizada das regras gerais, para isso sempre sujeitas, sucessivamente, à melhor e maior autoridade interpretativa (Kant de Lima, 2000).

E nesse ponto, portanto, onde medidas estruturais se mostram cada vez mais prementes e imprescindíveis, a impregnação de uma cultura protetiva de direitos humanos faz-se urgente e indispensável, razão pela qual a audiência de custódia tem um papel crucial enquanto mecanismo capaz de providenciar intervenções e posteriores alterações, ainda que por enquanto singelas, em dois problemas sociais que entre outros assolam o Brasil: o encarceramento e a violência policial.

4. AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM SOLO BRASILEIRO: ENTRE AVANÇOS E DESAFIOS, “É CAMINHANDO QUE SE FAZ O CAMINHO”

Segundo PAIVA (2015), o conceito de custódia se relacionaria com o ato de guardar, de proteger, traduzindo-se a audiência de custódia, em assim sendo, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, a qual em companhia da Defesa e do Ministério Público, em efetivo contraditório, irá exercer o controle acerca da legalidade e da necessidade da prisão, apreciando questões relativa à ocorrência ou não, da chamada violência policial (CAPPELLARI, 2017).

A previsão normativa da audiência de custódia encontra assento internacional, sendo para nós de grande valia, porque documentos ratificados pelo Brasil, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH, em seu artigo 7.5, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP, em seu artigo 9.3, nesse sentido (CAPPELLARI, 2017).

Em âmbito de legislação interna, até o ano de 2019, com a sanção da Lei nº 13.964, não havia normativa no Brasil, sendo certo que tramitava perante o Senado Federal o PLS nº 554/2011, o qual tinha por objetivo alterar o artigo 306 do Código de Processo Penal, obrigando que o preso em flagrante delito seja conduzido à presen-

ça do Juiz no prazo de 24 horas após a prisão, quando, então, ouvidos o Ministério Público, um Defensor e o próprio preso, serão examinadas a legalidade do flagrante e a necessidade cautelar da custódia (IBCCRIM, 2013), daí advindo o nome ‘audiência de custódia’.

Após algumas decisões da lavra do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente na ADI 5.240, a qual impugnava a implementação da audiência de custódia no Estado de São Paulo/SP, bem como na ADPF 347, que reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, sempre consignado nessas ocasiões à obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial pelos Ministros, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu uniformizar os procedimentos das audiências de custódia, as quais estavam sendo realizadas em determinados Estados da Federação, por iniciativa dos seus respectivos Tribunais, expedindo a Resolução nº 213 de 2015, a qual tratou de implementar o instituto e uniformizar o seu procedimento em todo o território nacional.

Mas, ainda no entender de PAIVA (2015), a principal e mais elementar finalidade da audiência de custódia no Brasil seria a de ajustar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, sem, contudo, deixar de ter também por intuito, num segundo momento, a finalidade de prevenção da tortura policial, ao efetivar o direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade, conforme artigo 5.2 da CADH, exigindo, assim, e nesse contexto, maior responsabilidade por parte dos juízes, promotores e defensores nesse sentido, conforme, inclusive, teria sido ressaltado pela Comissão Nacional da Verdade (CAPELLARI, 2017).

Por fim, e, num terceiro momento, a audiência de custódia também teria por finalidade evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias, razão pela qual o Protocolo I que acompanha o anexo da Resolução nº 213 do CNJ trata especificamente dos procedimentos para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão, declinando os seus fundamentos e finalidades, diretrizes para a aplicação e atuação do julgador (CAPELLARI, 2017).

Parece que nessa mesma linha segue entendimento da Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos, conforme pesquisa do Ministério da Justiça,⁶¹⁸ no sentido de que as audiências de custódia representam (CAPELLARI, 2017):

Um meio de controle idôneo para evitar as capturas arbitrárias e ilegais. O controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando

618 Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>>. Acesso em: jun. 2016.

Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Acosta Calderón c. Ecuador*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de junho 2005. Serie C No. 129.

seja estritamente necessário e procurar, em geral, que se trate o não culpado de maneira coerente com a presunção de inocência.

O Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos no ano de 1992, reconhecendo a competência da Corte Interamericana no ano de 1998. É que nos anos 1990 presenciamos, conjuntamente com a abertura política que se instaurava no Brasil, em virtude da edição da Constituição Federal de 1988, a ratificação pelo país de diversos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Entretanto, a efetividade e cumprimento das diretrizes internacionais e o seu impacto na jurisdição nacional vem se dando de forma lenta, como se pode verificar na temática das audiências de custódia, instituídas no ano de 2015, isso por que embora grandes avanços operados no interior do sistema de justiça, inclusive, por suas ações, a resistência a uma cultura efetiva de direitos humanos tenciona a aplicação integral das normas internacionais protetivas desses mesmos direitos.

Por isso, a exigência por parte de determinados setores e operadores de legislação de direito interno à instituição das audiências de custódia, bem como de ações legislativas que tentam, por outro lado, mitigar e até esvaziar essas audiências, numa tentativa de suspensão dos efeitos da resolução administrativa emitida pelo Poder Judiciário.

A bem da verdade torna-se primordial nesse ponto atentarmos para a internacionalização dos direitos humanos, bem como para o caráter concedido internamente a hierarquia dos tratados internacionais, no nosso caso, de proteção dos direitos humanos.

Ramos (2013) afirma que o maior tema na doutrina brasileira referente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos nos últimos anos foi o do estatuto normativo interno dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados. Segundo ele, por se tratar de tema afeto à hierarquia das normas, está previsto na Constituição, dependendo da interpretação final dada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, apesar dos ares da redemocratização do país, não mudou a sua opinião nos primeiros anos subsequentes à edição da nova Constituição, entendendo que os tratados internacionais, inclusive os de direitos humanos, incorporados internamente eram equivalentes à lei ordinária federal.

Dessa forma, não havia a prevalência automática dos atos internacionais em face da lei ordinária, uma vez que a ocorrência de conflito entre essas normas deveria ser resolvida pela aplicação do critério cronológico ou da especialidade. Exemplo maior desse entendimento ocorreu no caso da prisão civil do depositário infiel, expressamente proibida no artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Ainda na década de 1990, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o dispositivo mencionado teria status de mera lei ordinária, subordinado, portanto, ao disposto no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988, mas houve divisão de votos (CAPPELLARI, 2014).

Contudo, tal entendimento sempre contou com críticas (RAMOS, 2013). Houve quem defendesse o estatuto supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, como decorrência da primazia do Direito Internacional defendida pelos diplomas e órgãos internacionais; outros defendiam que desde a edição da Constituição Federal de 1988, os tratados de direitos humanos já obtinham estatuto constitucional, dada a redação do artigo 5º, § 2º, da Carta Magna; outros davam aos tratados internacionais, inclusive de direitos humanos, natureza equiparada à lei ordinária federal e, ainda, há os que entendiam pela natureza supralegal destes.

A consagração da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos veio a ser buscada pelo movimento dos defensores dos direitos humanos, via aprovação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual introduziu o § 3º ao artigo 5º, da CF de 1988. Entretanto, a redação do dispositivo não foi recebida com entusiasmo, pois teria condicionado a hierarquia constitucional ao rito idêntico ao das emendas constitucionais, o que tornaria a medida mais dificultosa; sugeriu ao mencionar a expressão “que forem”, a existência de dois tipos de tratados de direitos humanos no pós-emenda: os aprovados pelo rito equivalente ao da emenda constitucional e os aprovados pelo rito comum (maioria simples e em turno único); nada mencionou quanto aos tratados anteriores à Emenda (CAPPELLARI, 2014).

Diante disso, vários posicionamentos foram formados, entendendo parte da doutrina que a batalha pela natureza constitucional de todos os tratados internacionais estaria perdida, pois apenas alguns deles seriam equivalentes à emenda constitucional, a saber, os que fossem aprovados pelo rito especial criado pela Emenda (RAMOS, 2013). Outros sustentaram que o estatuto constitucional se estenderia ao menos aos tratados de direitos humanos aprovados anteriormente, diante o instituto da recepção formal (tal como o que aconteceu com o Código Tributário Nacional); prosperando a visão de Mazzuoli (2011) e de Piovesan (2012), principalmente, no sentido de que todos os tratados internacionais de direitos humanos, incorporados antes ou depois da EC 45/04, teriam estatuto constitucional, com base no artigo 5º, § 2º, da própria Constituição Federal.

Ocorre que o referido dispositivo constitucional suscitou a revisão do posicionamento majoritário do STF, no julgamento do RE 466.343, cuja matéria dizia com a prisão civil do depositário infiel, consagrando-se a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos: supralegal para os que não foram aprovados pelo rito especial do artigo 5º, § 3º, quer sejam anteriores ou posteriores à EC 45/04 e constitucional para os aprovados de acordo com o rito especial (CAPPELLARI, 2014).

Embora a abertura das Constituições contemporâneas, sejam elas latino-americanas ou europeias, à normativa internacional de proteção dos direitos humanos, tem-se que a esse fenômeno, na esteira do que leciona Cançado Trindade (2003), agrega-se, por outro lado, a atribuição de funções, pelos tratados de direitos humanos, aos órgãos

internos dos Estados, para a realização do seu objeto e propósito. Sendo assim, os próprios tratados atribuem uma função capital à proteção por parte dos tribunais internos, não só porque obrigados a fornecer recursos internos eficazes e de esgotá-los, dada a subsidiariedade do processo legal internacional, bem como por que garantes da proteção primária dos direitos humanos, cumprindo-lhes conhecer e interpretar as disposições pertinentes aos tratados de direitos humanos.

Cançado Trindade (2003) ainda pontua para o fato de que é certo que os tribunais internacionais de direitos humanos existentes 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.

No continente americano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em algumas oportunidades, constatou deficiências no direito interno de muitos países, as quais diziam com a inoperância de garantias e meio de defesa, falta de independência do Poder Judiciário, entre outras tantas; as quais deixavam de oferecer proteção adequada às vítimas de violações de direitos humanos, razão pela qual a Comissão instou os Estados-membros da OEA a incorporar aos textos de suas Constituições certos direitos e a harmonizar suas legislações respectivas com os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 2003).

É que os Estados-partes em tratados de direitos humanos encontram-se obrigados a organizar o seu ordenamento jurídico interno de modo que as supostas vítimas de violações de direitos neles consagrados disponham de um recurso eficaz perante as instâncias nacionais. Essa obrigação adicional opera como uma salvaguarda contra eventuais denegações de justiça, ou atrasos indevidos ou outras irregularidades processuais na administração da justiça (CANÇADO TRINDADE, 2003).

Não há como negar, portanto, que uma das principais funções da operação dos tratados e instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos reside precisamente em seus efeitos no direito interno. Daí a importância de se analisar a forma pela qual adota o Estado para incorporar as referidas normas protetivas no âmbito do seu ordenamento jurídico interno, passo importante, porém, não definitivo, de vigência dos direitos humanos (CAPPELLARI, 2014).

A doutrina brasileira, no entanto, não tratou com a mesma proporção da incorporação e do estatuto normativo das fontes não convencionais de normas internacionais de direitos humanos, tal como o costume internacional e os princípios gerais de Direito (conforme o Direito Internacional). A Constituição brasileira é omissa nesse sentido, embora a utilização, ainda que de forma tímida, por parte do STF, em suas decisões, de normas extraconvencionais de direitos humanos (CAPPELLARI, 2014).

Por outro lado, o artigo 5º, § 2º, da CF de 1988, ao dispor sobre os direitos decorrentes do regime, princípios e tratados de direitos humanos, permitiu o reconhecimento de um bloco de constitucionalidade amplo – para Ramos (2013) o referido bloco é restrito, já que a amplitude do mesmo é posição minoritária até o momento –, o qual alberga os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos. Tal bloco amplia o parâmetro de controle de constitucionalidade, devendo abarcar os dispositivos do bloco como paradigma de confronto das leis e dos atos normativos infraconstitucionais. E, nem se fale, ainda, do chamado controle de convencionalidade, mais um mecanismo de fiscalização dos Direitos Humanos, para além do controle de constitucionalidade, o qual deve ser objeto de manejo por parte dos atores componentes do sistema de justiça, a fim, inclusive, de se evitar o acionamento do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos (CAPPELLARI, 2014).

Embora todas as dificuldades enfrentadas em âmbito de direito interno, é bom referir, conforme Cappellari (2014), que o Estado brasileiro internacionalizou a temática dos direitos humanos, com a ratificação de quase a totalidade dos instrumentos e mecanismos universais e regionais (aqui, no que diz com o sistema interamericano) de proteção dos direitos humanos, sendo que a busca pela aceitação do controle de convencionalidade internacional pelo ordenamento brasileiro deu um passo importante com a Emenda Constitucional n. 45/2004 e a introdução da chamada federalização das graves violações de direitos humanos.

Assim, verificamos que a discussão acerca da hierarquia dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos, no âmbito da jurisdição nacional e interna do Brasil, muito nos diz das dificuldades de cumprimento e de efetivação das normas internacionais que protegem esses mesmos direitos, e da necessidade, por certo, da disseminação de uma cultura protetiva e valorativa dos direitos humanos, a qual deve se dar de forma contínua e permanente.

Nesse ponto vale ressaltar para os Protocolos que acompanham a Resolução⁶¹⁹ nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, a qual uniformiza a implantação das audiências de custódia no Brasil, uma vez que tais Protocolos, principalmente o de número II, trazem enquanto balizas para os Magistrados, normas de direito internacional de proteção dos direitos humanos.

O Protocolo I preocupa-se com os procedimentos para a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia, trazendo como fundamento legal e finalidade da medida cautelar diversa da prisão, a Lei nº 12.403/11, a qual altera em parte o Código de Processo Penal brasileiro, especificamente nessa temática.

619 Disponível em: <www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: ago. 2019.

Aqui, os dados já então trabalhados no transcorrer do presente trabalho são trazidos à tona, não em sua totalidade, mas muito para conferir importância à aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, mormente considerando-se as taxas de encarceramento e as suas precárias condições de aprisionamento no país.

Busca, ainda, o texto estabelecer procedimentos para a atuação das Centrais Integradas de Alternativas Penais e de Monitoração Eletrônica, realidade existente em alguns estados brasileiros.

Em outro anexo, o Protocolo II preocupou-se com os procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Ao que se pode observar do referido documento, possui ele por objetivo a orientação dos tribunais e magistrados nessa matéria, tanto que se inicia pela conceituação do que seja tortura, nos moldes da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, de 1984, conforme já referimos, recomendando à autoridade judicial atenção às condições de apresentação da pessoa mantida sob custódia, diante duas premissas: a de que a prática da tortura constitui grave violação ao direito da pessoa custodiada, bem como de que a pessoa custodiada deve ser informada de que a tortura é ilegal e injustificada, independentemente da acusação ou condição de culpada de algum delito a si imputável (CAPPELLARI, 2017).

O que é mais interessante nisso tudo, é que o referido texto considera como indícios à ocorrência de práticas de tortura e outros tratamentos cruéis, mais de dezesseis situações, entre as quais: a manutenção dessa pessoa em local não oficial de detenção; a incomunicabilidade por qualquer período de tempo; a manutenção dessa pessoa em veículos oficiais por tempo maior do que o necessário ao seu transporte; a não informação correta dos seus direitos; o percebimento de benefícios ou valores por parte do agente de segurança pública em detrimento da pessoa custodiada; a negativa de acesso a um defensor; o fato de não ter passado por exame médico imediato após a detenção; a tomada de depoimentos sem a presença de defensor; a alteração indevida desses depoimentos; a própria utilização indevida das algemas em sua detenção; a apresentação da pessoa custodiada fora do prazo máximo estipulado para a realização da audiência de custódia, entre outros (CAPPELLARI, 2017).

O texto segue apontando as condições adequadas e o procedimento para a oitiva do custodiado na audiência de custódia, como, por exemplo, não se encontrar algemada a pessoa custodiada, o que contrariamente vem sendo a prática corrente, conforme pesquisa já referida do Ministério da Justiça; impondo à autoridade judicial a obrigação de informar à pessoa custodiada que a tortura é expressamente proibida, não sendo comportamento aceitável, de modo que as denúncias serão encaminhadas às autoridades competentes para a investigação; a consideração de sua particular vulnerabilidade,

o que indica a necessidade de repetir as perguntas, mantes as perguntas simples, abertas e não ameaçadoras; priorizar a escuta; adotar postura respeitosa ao gênero da pessoa custodiada, bem como levar em conta os limites próprios da vítima de tortura. Por fim, há, inclusive, um breve modelo de questionário a ser utilizado, bem como o rol das providências a serem adotadas no caso de denúncia de tortura ou outro tratamento desumano (CAPPELLARI, 2017).

Há, também, referência direta a Recomendação⁶²⁰ nº 49 de 2014 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, a qual dispõe sobre a necessidade de observância pelos magistrados brasileiros, das normas, princípios e regras do chamado Protocolo⁶²¹ de Istambul, da Organização das Nações Unidas - ONU, e, bem assim, do Protocolo Brasileiro⁶²² de Perícia Forense, em caso de crime de tortura (CAPPELLARI, 2017).

Entretanto, pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD,⁶²³ organização da sociedade civil, de monitoramento das audiências de custódia em São Paulo/SP, deu conta de que este representou um dos assuntos com maior resistência por parte dos atores atuantes nesses atos, já que isso evidentemente exige desses atores um olhar muito mais amplo da audiência em si, um olhar para o qual não se foi capacitado e que encontra vínculo com uma cultura de banalização e de encobrimento dessas práticas (CAPPELLARI, 2017).

Por isso, a referida pesquisa aponta para a inexistência, muitas vezes, de questionamento por parte do Ministério Público, órgão que exerce o controle externo das polícias, acerca da violência policial, como, também, a ausência por parte dos magistrados de crença nos relatos entabulados pelos custodiados nesse sentido, além da permanência de policiais no recinto e na confecção do próprio exame de corpo de delito, o que contribuem para a subnotificação dos casos, por certo (CAPPELLARI, 2017).

É evidente, portanto, que nesse contexto o papel que se exige dos atores das audiências de custódia é de extrema responsabilidade e de compromisso não apenas com a repressão dessas condutas abusivas e violentas, mas, também, de prevenção, pois não sequer pecar pelo mero discurso punitivo, mas, dar conta, assim, da imprescindibilidade de visibilização dessas práticas e de apuração das mesmas, como tensionamento necessário a impactar não só uma cultura repressiva, mas a própria violência policial, que se revela estrutural e institucionalizada (CAPPELLARI, 2017).

Algumas pesquisas, portanto, já foram produzidas como forma de avaliação da implantação do instituto audiência de custódia no Brasil. No ano de 2017, o Conselho Nacional de Justiça⁶²⁴ encomendou pesquisa nesse sentido, a qual restou realizada pelo

620 Disponível em: <www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1240>. Acesso em: ago. 2019.

621 Disponível em: <www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

622 Disponível em: <www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/protocolo_br_tortura.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

623 Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>>. Acesso em: jun. 2016.

624 Disponível em: <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>>. Aces-

Fórum Brasileiro de Segurança Pública, publicada com o título *Justiça Pesquisa, Direitos e Garantias Fundamentais, Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra*.

Essa pesquisa teve por intuito investigar os elementos estruturais e ideológicos que fomentam o uso abusivo da prisão provisória no Brasil, mais especificamente em seis estados da Federação: Distrito Federal, Rio Grande do Sul, Paraíba, Tocantins, Santa Catarina e São Paulo. Para tanto, a pesquisa buscou identificar quais as modificações implementadas em cada um dos seis estados pesquisados, mais especificamente em suas capitais, no âmbito do Poder Judiciário, para a implementação das audiências de custódia e das medidas cautelares no processo penal. Também foi analisada a percepção dos operadores jurídicos envolvidos com a implementação das audiências sobre suas potencialidades, assim como sobre as dificuldades para a sua implementação. Para tanto, diversas metodologias foram utilizadas, entre observação participante, entrevistas, análise de decisões judiciais e outros.

Na sua conclusão, a pesquisa dá conta de que não se percebe o rompimento do binômio prisão preventiva/liberdade provisória, uma vez que a prisão preventiva vem cotidianamente sendo aplicada nos tribunais do País, e muitas vezes sem que sequer se verifique o cabimento de medidas alternativas, o que afronta garantias fundamentais como a legalidade, a presunção de inocência, a proporcionalidade, o devido processo legal e sua razoável duração.

Entretanto, salienta que como já foi destacado em pesquisas anteriores, a proporção de liberdades e prisões em cada Unidade da Federação depende de uma série de questões, como: das políticas de segurança pública adotadas pelos estados, da cultura profissional e corporativa dos profissionais do sistema de justiça criminal, do retrospecto de utilização de alternativas penais assumidas pelo Judiciário, bem como da disponibilidade e da qualidade das políticas sociais e assistenciais do Poder Executivo de cada estado e município.

Ocorre que em pesquisa⁶²⁵ realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD, a qual traça um panorama nacional da implementação das audiências de custódia no Brasil, no período dos anos de 2015 a 2017, com relação ao Estado do Rio Grande do Sul observou-se que o descumprimento da Resolução de nº 213 do CNJ chamava atenção pela adoção de um procedimento próprio, diferente do conteúdo do texto e dos demais Estados da Federação, pois a audiência de custódia, diferentemente dos demais Estados é realizada apenas nos casos em que já há prisão preventiva decretada por um juiz, que analisou tão somente os documentos do flagrante; ou seja, há uma

so em: ago. 2019.

625 Disponível em: <file:///D:/160319/TESE/CIDH/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf>. Acesso em: ago. 2019.

apreciação inicial (e anterior à audiência de custódia) do auto de prisão em flagrante, assim como era feito no procedimento antigo, e apenas aqueles que tiveram a prisão em flagrante, nessa primeira análise, convertida em prisão preventiva passam por uma audiência de custódia, para que o juiz ou homologue a decisão ou mude a decisão anterior para conceder liberdade provisória. Nesse sentido, as porcentagens de prisão provisória e liberdade provisória nesse Estado são muito diferentes dos demais, chegando a mais de 80% o número de decretações de prisão preventiva.

Em relação aos maus-tratos e violência patrocinados por agentes de segurança pública do Estado, a pesquisa encomendada pelo CNJ apontou para a baixa eficiência da audiência de custódia, assim como em outros trabalhos, fruto da naturalização da violência policial e da dificuldade de se reconhecer sevícias, maus-tratos e agressões de diversas naturezas como correspondendo ao tipo penal de tortura.

Também o ambiente das audiências não se mostra acolhedor, no que diz com a forma de tratamento, acolhimento e local, pois algumas dessas audiências estão sendo realizadas no interior de estabelecimentos prisionais, como no Estado do Rio Grande do Sul. Além disso, vê-se a presença de policiais no local e o uso de algemas de forma hostil a possibilidade de que a pessoa vítima da violência estatal possa confiar seu relato nessa ocasião, quanto mais quando sequer se credita confiança, na medida em que inexistem questionamentos por parte dos operadores jurídicos nesse sentido, sendo que sequer a comunicação prévia entre o preso e o defensor é assegurada em ambiente privado.

Mas mesmo diante dessas dificuldades, a pesquisa dá conta de que a totalidade dos dados coletados nas audiências de custódia nas seis diferentes capitais, acerca de maus-tratos praticados por agentes estatais, embora díspares, são bastante significativos, uma vez que encontramos na cidade de Palmas o percentual de 47,1%; no Distrito Federal, 32,7%; em Porto Alegre, 29,3%; em Florianópolis, 20%; em João Pessoa, 10,1%; e em São Paulo, 10,1%.

De acordo com os pesquisadores, tais percentuais são indicadores das práticas tradicionais de desrespeito aos direitos fundamentais por ocasião das prisões em flagrante, e denotam a possibilidade de uma subnotificação nos dados gerais apresentados pelos tribunais estaduais ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ, com números inferiores aos encontrados nas audiências.

Também foi pontuado que em número significativo de casos não foi informada a finalidade da audiência de custódia para o custodiado, assim como não foi explicitado o direito de permanecer em silêncio, por parte dos Magistrados.

Em relação à conversão em prisão preventiva no momento da audiência de custódia, constatou-se que o tipo de crime parece fortemente correlacionado à decisão tomada, sendo que o delito de tráfico de drogas merece destaque na análise por ser um

crime sem violência e que desperta nos juízes a preocupação com a manutenção da prisão processual, podendo-se admitir que haja um uso excessivo da prisão provisória para delitos sem violência contra a pessoa. Outro fator determinante para a decretação da prisão preventiva, de acordo com o estudo, diz respeito aos antecedentes criminais do acusado.

A pesquisa também dá conta de que o tratamento judicial é mais duro para os acusados negros, incluindo o que se passa na audiência de custódia, sendo que a filtragem racial que ocorre nas abordagens policiais dificilmente é revertida ou anulada.

No tocante à atuação dos operadores jurídicos no interior das audiências, ainda que existentes diferenças individuais de postura, convicções e concepções, aponta-se para a existência de uma forte unidade entre magistrados e promotores, tanto na condução das audiências, como nas motivações decisórias, podendo-se falar em confusão de papéis, inclusive.

Também foram identificados inúmeros juízos morais contidos nas manifestações dos magistrados por ocasião da análise dos fatos e dos anúncios das decisões, não se denotando da existência de um protocolo único de uniformização do encaminhamento das denúncias, o qual possibilitasse a responsabilização dos agentes de segurança pública, de forma efetiva, após a devida apuração.

Quanto aos encaminhamentos das denúncias apresentadas em sede de audiência de custódia, a organização da sociedade civil Conectas Direitos Humanos, já havia produzido relatório de pesquisa intitulado *Tortura Blindada*.⁶²⁶ Como as Instituições do Sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia, no ano de 2017, em São Paulo/SP.

Nesse estudo, foi apontado que o caráter meramente protocolar e burocrático das audiências produziam na naturalização da violência policial, tanto pelas vítimas que não se percebem vítimas, por que diariamente são foco dessa violência, quanto pelas próprias Instituições, que não conseguem sequer perceber, muito menos questionar e investigar, violências que não deixem marcas visíveis, o que pode contribuir para a subnotificação e subutilização do próprio instituto.

Já em relação ao Estado do Rio Grande do Sul, especificamente, temos que o Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul nasce no ano de 2014, através de um convênio firmado com o Governo Federal, tendo por objetivo enfrentar a violência contra a mulher e a violência estatal, potencializando as funções institucionais da Defensoria Pública, através da formação de uma unidade de atendimento especializado, que enfrenta o fenômeno complexo da violên-

626 Disponível em: <[https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relatório%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relatório%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>. Acesso em: ago. 2019.

cia, por meio de um acolhimento integral e multidisciplinar, o qual tem por escopo uma atuação psíquico-social-jurídica, realizando escuta humanizada, empoderando às vítimas, difundindo a conscientização dos direitos e fortalecendo a cidadania.

Dentro do escopo do que tencionamos chamar de violência estatal, está o enfrentamento da violência policial. E, nesse sentido, como também estratégia de enfrentamento dessa violência, apresentou-se no dia 13 de setembro de 2016, em audiência pública na Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, convocada pelo Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública, um diagnóstico de violência policial, realizado por pesquisadores do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (GPESC/PUCRS).

Esse diagnóstico teve por base os expedientes que tramitavam no Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública/RS e no Centro de Referência em Direitos Humanos (CRDH), único no Brasil gestado pela Defensoria Pública. Os dados coletados referem-se ao período de 2013, anterior a implantação do Centro, até junho de 2016.

A parceria da pesquisa CRDH/DPE/RS e GPESC/PUCRS surgiu exatamente pela demanda que diariamente chegava ao Núcleo de Defesa em Direitos Humanos, bem como ao CRDH, pois dos mais de 400 expedientes que à época tramitavam no Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública (no ano de 2017 já ultrapassavam 1000, sendo que 700 diziam com violência policial), mais de 200 diziam respeito à questão da violência policial.

Sendo assim, na tentativa de sistematizar e analisar os dados existentes, informando a sociedade e buscando o aperfeiçoamento da prestação do serviço público, não apenas pela Defensoria Pública, mas, também, pela mobilização das demais instituições envolvidas nessa temática, o CRDH buscou o auxílio da Universidade para a realização da pesquisa.

Entre as questões apontadas pelo diagnóstico, se destaca o crescimento das denúncias no período analisado, que eram da ordem de 73 casos em todo o ano de 2013, e chegaram a 81 casos somente nos primeiros seis meses do ano de 2016 (o ano de 2016 fechou com o número de 216 casos, sendo que no primeiro semestre de 2017 já havíamos alcançado a cifra de 225 casos).

Essa situação pode indicar a maior visibilidade obtida pelo CRDH como canal para o encaminhamento de denúncias de violência policial, mas também pode indicar um importante crescimento dos casos, resultante da pouca preocupação dos responsáveis pela segurança pública com o controle sobre os abusos praticados por policiais, muitas vezes aplaudidos pela opinião pública (AZEVEDO; CAPPELLARI, 2016).

O diagnóstico também apresentou elementos relacionados ao perfil das vítimas e dos acusados de violência policial. Entre as vítimas, 85,3% são homens, e 13,98% mulheres. Com relação à etnia, em 20,43% dos casos a informação não consta dos registros. Em 54,84% dos casos a vítima é branca, e em 24,5% são negros ou pardos, mas aqui deve ser considerado o fato de que no Estado do Rio Grande do Sul aproximadamente 16,3% de pessoas se autodeclararam negras e pardas, enquanto que em Porto Alegre, capital do Estado, o número é de 20,2%, conforme Censo Demográfico do IBGE de 2010, o que denota para a existência de uma racialização na abordagem policial (AZEVEDO; DUTRA; BELUSSO JÚNIOR E GARCIA, 2017). Entre os supostos agressores, a maioria é composta por homens (70,61%). Os casos envolvendo mulheres acusadas desse tipo de violência chegaram a apenas 2,51%, enquanto que, em outros 26,88% dos casos, o gênero não foi informado.

A Brigada Militar ou Polícia Militar lidera o ranking das denúncias de violência policial, com 89,89%, sendo seguida pela Polícia Civil, com 6,5%, e a Guarda Municipal, com 2,17%. Dos casos relacionados com a Brigada Militar, 23,30% envolveram soldados, 3,23% sargentos e 71,68 não tiveram essa informação registrada. O fato de a Brigada Militar ser a instituição responsável pelo maior número de denúncias de violência policial tem a ver com o fato de ela ser responsável pelo policiamento ostensivo, mas também está relacionado com a estrutura militarizada da instituição (AZEVEDO; CAPPELLARI, 2016).

As agressões físicas lideram o ranking do tipo de violência denunciada, com 78,14%. Seguem-se o abuso de autoridade (10,39%), a tortura (6,45%), morte (1,79%) e abusos sexuais (0,36%). Há uma zona cinzenta entre os casos de agressão física e tortura, mas a maioria das denúncias de prática de tortura envolvem delegados de polícia e carregam uma dificuldade de apuração muito grande, pois, neste caso, os mecanismos de controle são menos eficientes. Os casos de agressões físicas envolvem majoritariamente soldados da Brigada, enquanto os de abuso de autoridade são atribuídos, em sua maioria, a sargentos da corporação.

Quanto à origem das denúncias, 64,26% foram feitas diretamente à Defensoria Pública, 19,13% foram encaminhadas pelas delegacias de polícia onde o fato foi registrado, e 14,08% foram apresentadas nas audiências de custódia. O estudo aponta ainda que o Ministério Público, que tem uma promotoria responsável pelo controle da atividade policial, atribuição constitucional da instituição, tem se mostrado ausente desse debate e com pouca iniciativa para levar adiante a apuração dos casos e a responsabilização dos agressores (AZEVEDO; CAPPELLARI, 2016).

Com base nos resultados da pesquisa, a Defensoria Pública do RS propôs a realização da audiência pública, que contou com a presença de diversas entidades governamentais e a participação da sociedade civil. Como resultado, diversos encaminhamen-

tos advieram, embora todos de alguma forma fossem direcionados a necessidade de maior e efetivo controle interno e externo da atividade policial; questões como o acesso às informações e dados da segurança pública; fortalecimento do Conselho de Segurança Pública Estadual; campanhas pela erradicação da tortura, inclusive, em parceria com a academia, tendo em vista a necessidade de problematização do próprio conceito do que seja tortura; oitiva e construção de políticas em parceria com os grupos vulneráveis, considerando a existência de uma expressiva subnotificação; entre outros.

O fato é que de alguma forma a pesquisa à época conseguiu atingir o objetivo a que se propôs, qual seja, levar à sociedade uma ponta muito pequena de toda essa problemática, iniciando o trabalho de dar visibilidade a uma violência que por ser estrutural e institucionalizada, não consegue sequer aparecer nos boletins de ocorrência pela denominação violência policial, mas, sim, encontra-se misturada ao registro da ação ilícita, em tese, praticada pela sua própria vítima.

Na mesma semana em que ocorreu a audiência e a divulgação dos dados, o veículo jornalístico local chamado Zero Hora publicou matéria dando conta de que os casos de homicídios praticados pela Brigada Militar no Rio Grande do Sul dobraram no primeiro semestre de 2016, em relação ao mesmo período do ano anterior, confirmando a tendência apontada pela pesquisa e acendendo um sinal de alerta sobre as consequências da crise da segurança pública em nosso estado e da falta de uma política de segurança que incorpore o tema do controle sobre a ação da polícia como essencial em uma perspectiva democrática (AZEVEDO; CAPPELLARI, 2016).

Volto, então, para a questão da internalização dos direitos humanos e disseminação da sua cultura protetiva, como antes havia asseverado, uma vez que ainda no ano de 2019, em pesquisa encomendada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB,⁶²⁷ intitulada “Quem Somos – A magistratura que queremos”, questionados os juízes brasileiros se concordavam com a assertiva de que “a audiência de custódia é um importante mecanismo de garantia processual do acusado e deve ser aperfeiçoada”, juízes de primeiro grau em atividade discordaram muito no percentual de 36,1%, discordaram pouco em 13,7%, concordaram pouco em 21,7%, concordaram muito em 28,5%. Já os juízes de segundo grau em atividade, discordaram muito em 11,7%, discordaram pouco em 7,4%, concordaram pouco em 29,1% e concordaram muito em 51,8%.

E isso não se aplica apenas a Magistratura, quem capitaneou a implantação e uniformização das audiências de custódia no Brasil via resolução administrativa, mas, também, a outros atores do sistema de justiça brasileiro e a outros poderes do país, pois já se referiu da existência de projetos de lei no Congresso Nacional Brasileiro que dizem com o referido instituto, mas não apenas para implementá-lo legislativamente, como também para anular os efeitos da própria resolução administrativa expedida pelo Poder

627 Disponível em: <<https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/>>. Acesso em: Ago. 2019.

Judiciário. Logrando a Lei nº 13.964/2019, nesse ponto, por instituir legalmente a audiência de custódia no sistema brasileiro.

Mas como sabemos e nos demonstra o próprio processo histórico de construção dos Direitos Humanos, há que se salientar, na forma do que nos propusemos enquanto subtítulo do presente trabalho, que o esforço concentrado do Poder Judiciário brasileiro em implementar e sistematizar as audiências de custódia no Brasil, é um grande avanço a ser comemorado, pois mesmo que já evidenciados enormes desafios na afirmação e aperfeiçoamento do instituto, temos que é apenas caminhando que se faz o caminho, e nesse sentido temos tencionado.

A resistência no que diz com o instituto da audiência de custódia está não apenas por que contamos com dificuldade de internacionalizar os direitos humanos, e até mesmo de conceitua-los e compreende-los, conforme Teresa Caldeira nos diz (1991, p. 162-174).

A autora tenta analisar a razão pela qual os Direitos Humanos no Brasil passaram por uma transformação que os contextualiza nos debates acerca da criminalidade ‘em privilégios de bandidos’ a serem combatidos pelos chamados ‘homens de bem’.

Nesse sentido, deixa claro o quanto os direitos sociais passaram a ser descolados dos direitos civis e como estes passaram a ser visualizados pela população como privilégios, os quais não poderiam ser destinados à determinada parcela da sociedade, no caso, a massa prisional, haja vista o fato de se negar cidadania a essa mesma parcela da sociedade.

Ocorre que uma vez feita à associação Direitos Humanos e privilégios de ‘bandidos’, tornou-se fácil destruir a legitimidade própria dos direitos que estavam sendo reivindicados e dos seus defensores, por consequência, conforme nos anuncia a autora.

Mas, também, por que o referido instituto, que permite a efetivação dos direitos humanos, e tem potencial de disseminar essa cultura no sistema jurídico e na sociedade como um todo, aborda exatamente problemas estruturais brasileiros, como o controle social punitivo, por meio da prisão e da violência estatal.

Assim como também a organização da sociedade civil Conectas Direitos Humanos concluiu em sua pesquisa,⁶²⁸ já citada, também entendemos pela imprescindibilidade de fortalecimento das audiências de custódia, uma vez que permitem compreender e combater o uso excessivo da prisão, bem como a violência estatal expressa na violência policial.

Ainda que tenhamos inúmeros desafios pela frente, fato é que já iniciamos, ainda que tardiamente, um compromisso de efetivação de direitos humanos, encontrando-se ali, nas audiências de custódia, um *locus* importante de disseminação de uma cultura protetiva desses mesmos direitos, dentro do marco do que a CIDH compreende por segurança cidadã.

628 Disponível em: <[https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relatório%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relatório%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>. Acesso em: ago. 2019.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia do presente trabalho está em desenvolver a importância e a imprescindibilidade da implementação das audiências de custódia no Brasil.

Escolhemos as audiências de custódia não apenas por que estas se embasam em normativa de direito internacional dos direitos humanos, mas, também, por que exatamente possibilitam trazer à tona problemas estruturais brasileiros, tais como: o controle social punitivo por meio do encarceramento seletivo, indigno, cruel e degradante e, as violências estatais, marcadas nas práticas policiais, que se traduzem em desafios a defesa e consolidação dos direitos humanos.

Para tanto, resgatamos e contextualizamos a situação na qual se encontra o sistema penitenciário brasileiro, com suas mazelas e violações de direitos, que redundam não apenas na superlotação e degradação estrutural e humana, mas na retroalimentação da violência que já é inerente à própria prisão e no seu agravamento.

Também, tencionamos abordar a violência policial no Brasil enquanto estrutura que replica a desigualdade que informa o tecido social, adentrando as práticas judiciais e o sistema de justiça brasileiro, na medida em que a naturalização e não nominação dessas violências acaba por legitimá-las, contribuindo para o processo de impunidade, que também se revela seletivo e desconforme às garantias protetivas de direitos.

Assim, apresentamos o percurso da implantação das audiências de custódia no Brasil, bem como alicerçados em pesquisas produzidas com o intuito de monitoramento dessa prática e de conformação da mesma aos padrões internacionais de proteção dos direitos humanos, tencionamos visitar os avanços e os desafios que a sua implementação nos impõem.

Pensamos que as audiências de custódia no Brasil, ainda que diante de todos os desafios que implicam, são um instrumento de grande valia, cuja implantação deve ser saudada e cujo fortalecimento se faz necessário. Isso por que este instrumento atua exatamente em problemas estruturais brasileiros, como o encarceramento e a violência estatal policial.

Os índices de violência no Brasil são altíssimos e aliados à desigualdade social e ao racismo estrutural que percorrem o tecido social brasileiro, acabam por produzir toda sorte de violações de direitos na contramão da efetivação de uma política protetiva fundada nos estandartes da segurança cidadã, nos termos em que desenvolvida pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Por outro lado, carecemos de uma cultura valorativa e de proteção dos direitos humanos, ainda que não se desconheçam os avanços empreendidos pelo Estado brasileiro nessa área desde a redemocratização do país e do papel da sociedade civil nesse sentido, mas, também, não se desconhecem os recentes retrocessos, assim como a própria

Comissão⁶²⁹ constatou em observações preliminares da visita in loco realizada no Brasil, ainda no ano de 2018, com a precarização e esfacelamento de direitos caros a dignidade e autonomia da pessoa humana.

Dessa forma, acreditamos que a iniciativa do Poder Judiciário nesse ponto deve ser saudada e comemorada, pois evidentemente se mostra primordial no impulsionamento e na própria efetivação do instituto no âmbito de nossa jurisdição interna, assim como se apresenta enquanto um grande passo para a solidificação de uma cultura protetiva dos direitos humanos, da qual carece o sistema de justiça e a sociedade brasileira.

BIBLIOGRAFIA

AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/>>. Acesso em: Ago. 2019. ANISTIA INTERNACIONAL. Disponível em: <<http://www.anistia.org.br>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringuelli de. *Sociologia e Justiça Penal. Teoria e Prática da Pesquisa Sociocriminológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____; CIFALI, Ana Cláudia. Segurança, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014): mudanças e continuidades in SOZZO, Máximo (Org.). *Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017.

_____; Cappellari, Mariana Py Muniz in Diagnóstico de Violência Policial (CRDH/GPESC/ PUCRS). Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/diagnostico-de-violencia-policial/>>. Acesso em: set. 2017.

_____; Dutra, Luiza Correa de Magalhães; BELUSSO JÚNIOR, Osmar Antônio e GARCIA, Tamires de Oliveira. Denúncias de violência policial recebidas pelo Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [online]*/ Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 8, V.17 (janeiro/abril 2017) – Porto Alegre: DPE, 2017.

BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social, Debates en Criminología crítica y Sociología jurídico-penal*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Direitos Humanos ou “Privilégios de Bandidos”? In *Novos Estudos CEBRAP*, nº 30, julho de 1991, pp. 162-174.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, v. III.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. *Os Direitos Humanos na Execução Penal e o Papel da Organização dos Estados Americanos (OEA). Presídio Central de Porto Alegre, Masmorra do Século XXI*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

_____. Indulto: da necessidade e impositividade da sua concessão ao crime de tráfico de drogas in *Boletim IBCCRIM*, volume 280, série Março/2016, pág. 6.

_____. O recorte da violência policial nas audiências de custódia: democracia para quem?. In: Azevedo e Souza, Bernardo de; Silveira, Felipe Lazzari da. (Org.). *Democracia E(M) Sistema Penal*. 1ed. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017, v. , p. 206-215.

629 “Vinte e três anos se passaram desde a primeira visita in loco da CIDH ao Brasil. A CIDH observa que, nos anos seguintes à visita, houve avanços significativos no fortalecimento das instituições democráticas e dos direitos humanos no país, que serviram para abordar e avançar alguns dos desafios que a CIDH havia identificado anteriormente por meio de seu monitoramento e verificado durante a visita de 1995. No entanto, através do monitoramento realizado continuamente após sua visita e, neste momento, a CIDH observou com grande preocupação a adoção de uma série de medidas que tendem à redução de políticas, leis e instituições responsáveis pela garantia dos direitos humanos no país. Uma série de anúncios se soma a essas medidas com relação a projetos de lei e outras iniciativas públicas que poderiam enfraquecer conquistas e as instituições fundamentais para garantir os direitos humanos.” Disponível em: < <file:///D:/160319/TESE/CIDH/CIDH-Observações-preliminares.pdf>>. Acesso em: ago. 2019.

_____. Gêneros encarcerados: os LGBTs no sistema prisional brasileiro. <http://dx.doi.org/10.15210/rfdp.v4i1.v.4.p.91-112>, 2018a.

_____. O sistema prisional enquanto problema de segurança pública: análise da situação do estado do RS. In: *II Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais*, 2018, São Paulo. Anais do II Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais, 2018b.

_____. A violência policial no Brasil enquanto violência estrutural: aproximações da teoria do dano social e da criminologia global. In: *XXVII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2018, Porto Alegre. Anais Publicados, 2018c. p. 192-212.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Servanda, 2010.

CARUSO, Haydée Glória Cruz. *Das Práticas e Dos Seus Saberes: A Construção do “fazer policial” entre as praças da PMERJ*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2004.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: Ago. 2019. CONECTAS. Direitos Humanos. Disponível em: <[https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relatório%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos\(1\).pdf](https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Relatório%20completo_Tortura%20blindada_Conectas%20Direitos%20Humanos(1).pdf)>. Acesso em: ago. 2019.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. *Entre a Lei e a Ordem*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

DEPEN. INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. : Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: ago. 2019.

_____. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: fev. 2018.

_____. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-Infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: fev. 2018.

_____. Disponível em: <<http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/diversidades/publicacao-e-pesquisas>>. Acesso em: fev. 2018.

_____. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen-dez14.pdf>>. Acesso em: fev. 2018.

FBSP. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <www.forumseguranca.org.br/>. Acesso em: Ago. 2019.

FOLEY, Conor. *Protegendo os Brasileiros contra a tortura. Um Manual para Juizes, Promotores, Defensores Públicos e Advogados*. Brasília: International Bar Association (IBA) / Ministério das Relações Exteriores Britânico e Embaixada Britânica no Brasil, 2011.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 18 ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GARLAND, David. *A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. *Tortura e Cultura Policial no Brasil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. 7 ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro. Repressão e Resistência numa cidade do Século XIX*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997.

IBCCRIM, Editorial. O esforço de Sísifo e a audiência de custódia. *Boletim do IBCCRIM*, Nº 252, p. 1, São Paulo, novembro 2013.

IDDD. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/index.php/2016/05/31/monitoramento-das-audiencias-de-custodia-em-sao-paulo/>>. Acesso em: jun. 2016.

_____. Disponível em: <file:///D:/160319/TESE/CIDH/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf>. Acesso em: ago. 2019. LEAL, César Barros. *Prisão crepúsculo de uma era*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LIMA, Roberto Kant de. *A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro. Seus Dilemas e Paradoxos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. Polícia, Justiça e Sociedade no Brasil: Uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. *Revista Sociologia Política*, Curitiba, 13, p. 23-38, nov. 1999.

_____. Administração de Conflitos, Espaço Público e Cidadania. Uma perspectiva comparada. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, vol. 1, n. 2, dez. 2001, pp. 11-16.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>>. Acesso em: jun. 2016.

MONET, Jean Claude. *Polícias e Sociedades na Europa*. São Paulo: EDUSP, 2001.

NASCIMENTO, Andréa Ana do. *Quando um homem da lei se torna um sem-lei: os caminhos da corrupção policial*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro – PPGSA/UFRJ. Agosto, 2014.

OMS. Organização Mundial de Saúde. Disponível em: <<http://www.opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundial-violencia-saude.pdf>>. Acesso em: jun. 2016.

PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

_____; ARAGON HEEMANN, Thimotie. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Temas de direitos humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. *A ilusão do controle da violência pelo Estado na complexidade atual. In Crime e Interdisciplinaridade. Estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RUDNICKI, Dani; MATUSIAK, Moisés de Oliveira. O Olhar do TJRS sobre a Tortura: julgamentos de agentes públicos e privados. *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 3, n. 1, jan. 2016, p. 113-128.

STF. Supremo Tribunal Federal. Informativo 798. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: fev. 2018.

_____. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: fev. 2018.

SUSEPE. Superintendência dos Serviços Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.susepe.rs.gov.br>>. Acesso em: abr. 2018.

UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. Disponível em: < <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html>>. Acesso em: ago. 2019.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos. Conferências de Criminologia Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

19.

A (IN)CONVENCIONALIDADE DA PRISÃO DIANTE DO NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS

Eduardo Cambi

Letícia de Andrade Porto

Melina Girardi Fachin

RESUMO: Ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), o Brasil assumiu o dever de adequação da legislação interna aos dispositivos internacionais, bem como aos entendimentos exarados nos *standards* interpretativos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). A proibição da prisão civil por dívida, nos termos da CADH, foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, em relação ao depositário infiel. Porém, recentes entendimentos das Cortes Superiores brasileiras trazem dúvidas quanto à incidência de prisão ao devedor do ICMS, quando do crime de “apropriação indébita tributária” e do mero inadimplemento fiscal. O artigo analisa as possibilidades de interpretação quanto às ações e sujeitos presentes na relação tributária do art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 e as sanções cabíveis.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão Civil por Dívida. ICMS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Apropriação Indébita Tributária. Controle de convencionalidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Convenção Americana de Direitos Humanos e a impossibilidade da prisão civil por dívidas; 3. A Teoria dos Limites dos Limites como mecanismo para evitar restrições aos Direitos Fundamentais; 4. A Prisão do devedor do ICMS: Sanção penal ou mero inadimplemento fiscal?; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, estabeleceu uma série de direitos e deveres aos países signatários. O Brasil assumiu o dever de observar os pronunciamentos da Corte IDH, a fim de não incidir em novas violações e expandir a interpretação dos direitos previstos na Convenção Americana.

A prisão civil por dívidas, proibida no art. 7.6 da CADH, não é compatível com a noção de Estado Democrático de Direito, consagrada na Constituição da República, em especial para a efetivação do art. 3º, inciso I, voltado à construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, 1988).

O referido dispositivo internacional encontra, no texto constitucional brasileiro, reflexo parcial no art. 5º, inciso LXVII. Isso porque a Constituição repele, como regra geral, a prisão civil, mas a admite, para além do devedor de alimentos (hipótese também coberta pelo Tratado Internacional), a prisão do depositário infiel.

A prisão civil constitui um instrumento de coerção processual, ao obrigar alguém a solver a dívida perdendo a liberdade. Trata-se de compensação de esferas distintas - a dívida financeira é sanada a partir da quitação com a liberdade pessoal - a exigir uma exegese restritiva para não violar a dignidade da pessoa humana (art. 3º, inc. III, CF).

A possibilidade da prisão civil por dívida remonta ao período das *legis actiones*, caracterizado pela Lei das XII Tábuas, oriunda de Roma. A interposição de demanda na esfera judicial culminava em seu julgamento e execução da dívida, caso confessada pelo réu. Em não sendo solvida a dívida, o devedor poderia ser adjudicado pelo credor e ser reduzido à cárcere privado por sessenta dias. Se assim o quisesse, o devedor ainda poderia se valer do direito de executar a pena capital (BUZAID, 1952, p. 43-44).

O tema, à luz do depósito infiel, já foi objeto de grandes debates no Brasil, sobretudo, à luz da aplicação analógica e extensiva do instituto da prisão aos casos de inadimplemento contratual. O julgamento do RE 466343/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, posteriormente sumulado, em exercício de controle de convencionalidade, pacificou o tema pela impossibilidade da prisão.

O atual debate quanto a possibilidade da prisão pelo inadimplemento do ICMS gera dúvidas e inseguranças jurídicas, em razão da jurisprudência das Cortes Superiores brasileiras sobre esse tema ainda não estar pacificada. Para além do precedente anterior do STF, a evolução dos Direitos Humanos e a vedação do retrocesso social devem nortear a construção jurisprudencial nessa matéria.

Partindo dessas premissas, esse artigo busca elucidar os diferentes entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de prisão por dívida no caso de “apropriação indébita tributária”, assim como esclarecer a incidência do tipo penal, contido no art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, em detrimento do mero inadimplemento fiscal.

2. A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDAS

A (im)possibilidade da prisão civil por dívida no Brasil foi objeto de discussão nos últimos anos em face da figura do depositário infiel, prevista no inciso LXVII, do art. 5º da Constituição Federal.

Por ser signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Brasil se obrigou a adequar a sua legislação interna aos dispositivos da CADH e, ao aceitar a jurisdição contenciosa da Corte IDH, está sujeito à autoridade de coisa julgada internacional, pois as sentenças desta Corte possuem eficácia vinculante e direta sobre as partes. Porém, a sentença emitida pela Corte IDH não promove somente a vinculação da decisão das partes envolvidas no litígio internacional, mas também sinaliza *standards*

interpretativos da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). É esta a base da formação do cognominado *corpus iuris interamericano*.

A necessidade do exercício do controle de convencionalidade dos países signatários da CADH está consignada na decisão do caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*⁶³⁰. E, mais recentemente, em sede do cumprimento da sentença do caso *Gelman Vs. Uruguai*⁶³¹, a Corte IDH ampliou a necessidade do mencionado controle, tornando tanto a CADH quanto os *standards* interpretativos oriundos das decisões da Corte IDH um *bloco normativo paramétrico* a ser seguido pelos Estados e seus órgãos internos. Nesse sentido, o Poder Judiciário e demais instituições que integram o sistema de justiça - como o Ministério Público e a Defensoria Pública - possuem legitimidade para realizar o controle de convencionalidade (CAMBI; PORTO, 2019, p. 41).

A eficácia interpretativa (*res interpretata*), aplicada a todos os países signatários da CADH, corresponde à adoção do *standard* interpretativo ao *corpus iuris americano* a fim de que previnam ou resolvam controvérsias no âmbito dos direitos humanos. A mencionada eficácia interpretativa da norma concerne à efetividade regional de aplicação mínima da CADH.

Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, e nos termos do denominado *bloco de constitucionalidade* (art. 5º, § 2º, CF) (LLORENTE, 1989; DE SOUZA, SARMENTO, 2019; VARGAS, 2007; BARACHO, 1996)⁶³², o país amplia o rol de direitos humanos e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. O *bloco de constitucionalidade* é a tentativa de construção de um *conceito material* de Constituição, que vai além das normas formalmente constitucionais. Com isso, extrapola-se a noção de Constituição escrita e do positivismo jurídico, para conceber que valores, princípios e regras de Direitos Humanos sejam considerados, essencialmente, constitucionais e sirvam como paradigma para o controle de constitucionalidade.

A jurisdição brasileira, devendo-se guiar pelo princípio *pro persona* e basear-se na cooperação internacional, pode aumentar a efetividade dos direitos humanos. O *controle de convencionalidade*, ao lado do controle de constitucionalidade, em conformidade com a teoria do duplo controle, é uma maneira de proteger de forma mais ampla os direitos humanos e assegurar o máximo cumprimento da CADH.

Os Direitos Humanos no Brasil possuem *dupla garantia*: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional. Entretanto, nem sempre as decisões da Corte IDH estão em sintonia com as das Cortes nacionais. Por

630 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Almonacid Arellano e outros c. Chile*, Exceções preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, sentença de 26 setembro de 2006, Series C No. 154. § 124.

631 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gelman c. Uruguay*, Mérito e Reparaciones, Sentença de 24 fevereiro 2011, Series C No. 222. § 193.

632 O Min. Edson Fachin, no voto vencido do HC 141.949/DF, asseverou que os tratados de direitos humanos, de que faz parte a República Federativa do Brasil, estão incorporados ao *bloco de constitucionalidade*, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

exemplo, a Lei de Anistia (Lei 6.683/1979) foi recepcionada à Constituição Federal de 1988 pelo STF (ADPF nº 153), mas considerada inconvenção pela Corte IDH (no caso *Gomes Lund e Outro - “Guerrilha do Araguaia vs. Brasil”*). Com efeito, o STF considerou que os crimes praticados pelos militares, com motivação política, durante a ditadura, foram anistiados. Apesar disso, a Corte IDH condenou o Brasil pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas pertencentes à Guerrilha do Araguaia, durante a ditadura militar, e concluiu que a Lei de Anistia constitui um obstáculo à investigação, ao julgamento e à punição desses crimes.

André de Carvalho Ramos afirma que há um conflito aparente nessas decisões⁶³³, cabendo ao Estado brasileiro obediência aos dois crivos e envidar todos os esforços para cessar a conduta ilícita e reparar os danos causados (RAMOS, 2011). A teoria do duplo controle busca promover a harmonia entre a pluralidade de ordens jurídicas existentes por meio da adoção dos parâmetros internacionais de interpretação das normas provenientes dos Tratados, sobretudo em razão do controle de convencionalidade.

As interpretações dos diplomas internacionais realizadas pela Suprema Corte Brasileira podem provocar choques entre as duas jurisdições, gerando uma interpretação nacional para os tratados internacionais. Isso é perigoso, pois permite que conceitos como “tortura” e “devido processo legal” sejam nacionalizados, em detrimento da universalização desses entendimentos em todo o continente americano a partir da observância dos precedentes da Corte IDH.

A pluralidade de interpretações que conformam o horizonte dos direitos humanos devem, ao lado dessa margem de liberdade, guardar respeito com seus *core terms* e o piso mínimo protetivo. Todavia, a “nacionalização” dos tratados internacionais vai na contramão da sua essência universal, uma vez que permite que cada país conceda uma interpretação dissonante, o que compromete a aplicação uniforme da CADH.

Para evitar esse antagonismo, são propostos quatro parâmetros argumentativos a serem seguidos por Estados-partes em Convenções Internacionais, devendo os juízes: i) fazer referência a existência de diplomas internacionais ou extraconvencionais que vinculem o Brasil; ii) mencionarem eventual caso internacional contra o Brasil, com o mesmo objeto; iii) considerar a jurisprudência internacional que vincule o Brasil em relação ao caso a ser julgado; iv) interpretar, em conjunto, as normas internacionais e nacionais (RAMOS, 2011, p. 515).

633 Por outro lado, na visão de Valerio Mazzuoli, o conflito não é apenas aparente. O Brasil ficou-se inerte quanto ao controle de convencionalidade de matriz interna referente à Lei da Anistia, importando no reconhecimento da sua falha perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e o posterior exercício do controle de convencionalidade de matriz externa pela Corte IDH. Para Mazzuoli, a Lei da Anistia é inválida, conforme entendimento exarado na decisão do caso *Gomes Lund c. Brasil*. Porém, em sede do julgamento da inconstitucionalidade da Lei da Anistia pelo Supremo Tribunal Federal, somente os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto reconheceram que “em matéria de direitos humanos a última palavra não é mais do STF, mas da Corte Interamericana de Direitos Humanos” (MAZZUOLI, 2018, p. 184).

Com efeito, não é suficiente ratificar e incorporar tratados de Direitos Humanos. É necessário o aceite da consequência advinda da internacionalização dos Direitos Humanos, que se traduz na permanente busca pela coerência entre as ordens jurídicas internacional e nacional. Faz-se mister, ainda, compreender que as convenções são instrumentos vivos e sua interpretação, por seu órgão autorizado, é parte integrante da normatividade internacional.

Em relação à prisão civil por dívidas, a interpretação da regra contida no inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal precisa ser compatibilizada com o disposto na Convenção Americana. Isso porque a possibilidade da prisão civil do depositário infiel vai em sentido contrário ao disposto no artigo 7⁶³⁴ da CADH, que prevê o direito à liberdade pessoal e a proibição da prisão por dívidas.

Em 2008, nos Recursos Extraordinários n. 349.703 e n. 466.343, o Supremo Tribunal Federal, concluiu pela proibição da prisão civil por dívida do depositário infiel com fundamento na proteção do direito fundamental à liberdade, previsto tanto na Constituição Federal quanto em diversos tratados internacionais assinados pelo Brasil, como no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1990), na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948) e na Convenção Americana dos Direitos Humanos. Foi, então, editada a Súmula Vinculante nº 25 que prevê a ilicitude da prisão civil do depositário infiel, “qualquer que seja a modalidade do depósito” (BRASIL, 2009).

O direito humano à liberdade permite a fruição de diversos direitos, como a liberdade de pensamento e expressão, consciência e religião, reunião e associação, circulação e residência. A CADH busca promover a liberdade e a segurança, garantindo a vontade da pessoa exercer suas convicções e desejos (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 83).

O art. 7º da CADH possui duas dimensões: uma de caráter geral e outra específica. A regulação geral assegura a liberdade e a segurança pessoal do indivíduo, sendo complementada por uma série de garantias específicas previstas nos sucessivos incisos do mencionado artigo. Dentre eles, destacam-se: a proteção contra a prisão ilegal, o conhecimento das razões da detenção, a possibilidade de impugnação da legalidade da detenção e a proibição de ser detido por dívidas⁶³⁵. Com isso, o descumprimento de qualquer conduta protegida nos incisos do art. 7º da CADH pode acarretar violação geral do direito à liberdade, presente no *caput* do dispositivo⁶³⁶.

634 “Artigo 7. Direito à liberdade pessoal. [...] 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1969.

635 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez c. Ecuador*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 21 de novembro de 2007, Série C No. 170, § 51.

636 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Argüelles e Outros c. Argentina*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2014, Série C No. 288, § 114.

Apesar de a Corte IDH não ter proferido nenhuma decisão envolvendo a prisão civil por dívidas, a Comissão Interamericana já teve a oportunidade de se manifestar em relação à matéria, no Informe de Inadmissibilidade nº 117/12. A petição, envolvendo um nacional brasileiro, pugnava pelo reconhecimento da infringência ao art. 7.7 da CADH, no tocante à prisão do depositário infiel, pois tal pessoa teve sua liberdade tolhida em face da não apresentação de bens embargados, oriundos da empresa da qual a suposta vítima era sócio.

Porém, a Comissão Interamericana inadmitiu a demanda por entender que o peticionário tivera acesso a recursos efetivos na jurisdição nacional brasileira, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal julgado procedente *habeas corpus* em seu favor, e suspenso a ordem de prisão civil expedida contra a alegada vítima. Portanto, as medidas tomadas pelas autoridades judiciais brasileiras permitiram a efetivação do direito à liberdade pessoal do peticionário, razão pela qual não restou analisado o mérito da demanda quanto à violação do art. 7.7 da CADH⁶³⁷ (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 101).

A decisão do Habeas Corpus nº. 90.450/MG, que serviu de fundamentação para a inadmissibilidade da demanda pela Comissão Interamericana, pautou-se pela evolução e ampliação dos Direitos Humanos. Considerou a aplicação da norma mais favorável ao indivíduo como critério de interpretação a ser seguido pelo Poder Judiciário. Assim, a hermenêutica dos Direitos Humanos deve ser norteadada pela interpretação mais favorável à proteção da pessoa (*pro persona*), consoante disciplina o art. 29 da CADH.

3. A TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES COMO MECANISMO PARA EVITAR RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, CF). A ampla possibilidade de prisão por dívida - presente na Lei das XII Tábuas - não condiz com os fundamentos e objetivos perquiridos pelo Brasil, com destaque para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou outras formas de discriminação.

A imposição de prisão civil para depositário infiel da Fazenda Pública, prevista no art. 4º, § 2º, da Lei 8.866/1994, foi declarada inconstitucional pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.055. Concluiu-se pela desnecessidade e ilegalidade da prisão civil por dívidas⁶³⁸, com fundamento nos Direitos Fundamentais

637 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Demétrios Nicolaos Nikolaidis*, Brasil, Relatório No. 117/12, Petição No. 86/07, Inadmissibilidade, 13 de novembro de 2012.

638 “Isso porque a Fazenda Pública dispõe de outros meios igualmente eficazes para a cobrança de seus créditos tributários e não-tributários. Basta pensar que o crédito, constituído e inscrito em dívida ativa pelo próprio Poder Público, pode imediatamente ser executado, inclusive com a obtenção de penhora de eventual precatório existente em favor do administrado. Sem falar na inclusão do devedor nos cadastros de inadimplentes. A propósito, este Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência firme no sentido de vedar o uso, pelo Estado, de meios coercitivos indiretos de cobrança

previstos na Constituição Federal, mas também com base na Convenção Americana.

O Relator Ministro Gilmar Mendes asseverou que a prisão civil por dívidas é método extremo de coerção e que não se pauta na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, esbarrando na proibição do excesso do Poder Legislativo⁶³⁹.

O postulado da proporcionalidade pode ser compreendido como instrumento de controle contra abusos cometidos pelo poder público (proibição de excesso), bem como mecanismo contra a omissão ou ação insuficiente dos poderes estatais (proibição de insuficiência). Importa considerar cada um dos três elementos do postulado da proporcionalidade: a) a conformidade ou adequação de meios; b) a exigibilidade ou a necessidade; c) a proporcionalidade em sentido estrito (CANOTILHO, 1993, p. 382-383; CAMBI, 2020, p. 565).

Trata-se de elementos autônomos e devem ser aplicados subsidiariamente (SILVA, 2002, p. 34): a análise da necessidade somente ocorrerá caso superado o exame da adequação; a da proporcionalidade em sentido estrito apenas acontecerá se o problema já não tiver sido solucionado com os juízos da adequação e da necessidade (CAMBI, 2020, p. 565).

Na ADI nº 1.055, o Relator Ministro Gilmar Mendes analisou os diferentes procedimentos inerentes à Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980) e a medida cautelar fiscal (Lei nº 8.397/1992), que preveem “execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias [...]” (BRASIL, 1980). O Ministro Relator asseverou que o art. 4º, § 2º, da Lei nº 8.866/94 - ao permitir a prisão do depositário infiel, que não recolhe ou deposita o valor do imposto, taxa ou contribuição descontado ou recebido de terceiro, com os acréscimos legais, no momento em que contesta a ação - não respeita o princípio da proporcionalidade, ao deixar vulnerável “a garantia do contribuinte ao devido processo legal”⁶⁴⁰, uma vez que tal regra não possibilita os recursos aptos a ensejar o contraditório e a ampla defesa ao contribuinte devedor⁶⁴¹.

Além disso, a teoria dos “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*) foi aplicada na ADI nº 1.055 para tutelar o direito fundamental à propriedade do contribuinte. As limitações dos direitos individuais decorrem da Constituição da República, servindo como balizas às ações do legislador, que tem o dever de proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais, observando a “clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas” (BRASIL, 2020).

de tributo. Confira-se, nesse sentido, as Súmulas n. 70, 323 e 547 [...]” (ADI nº 4.425/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Redator p/ acórdão: Min. Luiz Fux. Órgão Pleno, em 25.03.2015).

639 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.055. Min. Rel. Gilmar Mendes. j. 15.12.2016. Acesso em: 03.02.2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13265420>.

640 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.055. Op.cit.

641 *Ibid.*

Essa teoria, de origem alemã, busca fixar obstáculos normativos para a ação do legislador quando este procura restringir direitos fundamentais. Os limites aos direitos fundamentais são legitimados por meio da obediência a um conjunto de condições formais e materiais previamente estabelecidas na Constituição (DEMARCHI; FERNANDES, 2015, p. 11). Tal teoria, utilizada pela primeira vez por K.H. Wernicke, quando dos comentários ao art. 19 da Lei Fundamental Alemã, pode ser considerada uma resposta contra os excessos cometidos pelo nacional-socialismo, sobretudo quanto à imposição de limites à ação legislativa em matéria de direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2019, p. 211-212). É necessário estabelecer que a garantia do conteúdo essencial e da dignidade humana são condições fundamentais a serem observadas. Ademais, todas as limitações aos direitos fundamentais devem almejar a efetivação do bem comum (PEREIRA, 2006).

É oportuno destacar que a atividade limitadora estatal deve buscar ponderações. Ocorrer em casos estritamente necessários e indispensáveis à concretização dos direitos almejados, não deixando, contudo, de observar a proteção daqueles já dispostos na Constituição (FREITAS, 2007, p. 185).

Conforme Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2019), a aplicação da Teoria dos Limites dos Limites deve cumprir alguns requisitos, para que o núcleo essencial do direito humano em jogo seja salvaguardado, devendo haver clareza e proporcionalidade na limitação legislativa - podendo até falar-se em duplo controle de proporcionalidade⁶⁴² - e à proibição da individualização a pessoas determinadas, devendo a restrição pautar-se pela generalidade e abstração.

Os direitos humanos comportam restrições, porque não são absolutos. Tanto o direito à liberdade quanto o de propriedade são passíveis de limitações. Por exemplo, a Constituição Federal permite a pena de morte no Brasil em caso de guerra declarada (Art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, CF), a contenção do direito à liberdade do apenado com reclusão e a eliminação do direito à propriedade daquele que tem imóveis desapropriados (SILVA, 2009, p. 186). Afinal, o conteúdo dos direitos pode ser restringido em face de outro direito fundamental, a partir dos critérios contidos no postulado da pro-

642 “[...] Essa generalidade e essa imprecisão, que, a meu ver, podem vir a condenar, no mérito, a validade desta medida provisória, dificultam, sobremaneira, agora, esse juízo sobre a suspensão liminar dos seus efeitos, nesta ação direta. [...] Por isso, [...] depois de longa reflexão, a conclusão a que cheguei, *data venia* dos dois magníficos votos precedentes, é que a solução adequada às graves preocupações que manifestei - solidarizando-me nesse ponto com as ideias manifestadas pelos dois eminentes Pares - não está na suspensão cautelar da eficácia, em tese, da medida provisória. O caso, a meu ver, faz eloquente a extrema fertilidade desta inédita simbiose institucional que a evolução constitucional brasileira produziu, gradativamente, sem um plano preconcebido, que acaba, a partir da Emenda Constitucional 16, a acoplar o velho sistema difuso americano de controle de constitucionalidade ao novo sistema europeu de controle direto e concentrado. [...] Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223/DF*, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, p. 49-50, Tribunal Pleno, J. 05.04.1990).

porcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para a ponderação dos interesses contrapostos. Com efeito, o núcleo essencial dos direitos fundamentais é relativo e pode ser relativizado por meio de técnicas de ponderação em face de cada caso concreto, conforme a teoria relativa dos direitos fundamentais (SANTIAGO, 2014, p. 93).

Por outro lado, a teoria absoluta dos direitos humanos, também conhecida como teoria externa, adota uma perspectiva objetiva, criando uma barreira absoluta de proteção ao núcleo essencial mínimo impassível de limitação por parte da atividade legislativa, administrativa ou judicial (SANTIAGO, 2014, p. 92). A teoria absoluta do núcleo essencial dos direitos limita a atuação legislativa para que não se viole o núcleo essencial desses direitos, uma vez que eles são cláusulas pétreas e, portanto, não podem ser abolidos (art. 60, § 4º, inc. IV, CF).

Canotilho (2001, p. 451-459) observa que o legislador está “vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum ser violado”. Diante disso, revelam-se dois problemas: se o objeto da proteção recai sobre um direito subjetivo individual ou garantia subjetiva, e se o valor da proteção relativo ao núcleo essencial diz respeito a um valor absoluto ou da sua conformação com outros direitos.

De qualquer modo, tanto a teoria relativa dos direitos fundamentais quanto a absoluta podem ser harmonizadas para, nos casos concretos, buscar, pela aplicação do postulado da proporcionalidade, limites para a atuação do Poder Legislativo, evitando restrições arbitrárias, desarrazoadas ou que firam o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Além disso, a colisão de princípios não pode ser resolvida por meio de casos abstratos, mas em face de casos concretos. É necessário que se estabeleça uma *hierarquia móvel* entre os princípios colidentes, a fim de evitar relações abstratas de prevalência absoluta (CAMBI, 2020, p. 553; ÁVILA, 2001, p. 10).

Nesse contexto, uma lei pode ser considerada inconstitucional com fundamento na proibição de excesso, quando um direito humano estiver sendo excessivamente restringido; vale dizer, qualquer restrição ou limitação em um direito fundamental somente pode ser considerada constitucional se ficar demonstrado que é apta a realizar um fim legítimo e de peso superior ao direito fundamental em questão, sendo indispensável (ou não desproporcional, não razoável, e não determinado) à realização desse fim (CAMBI, 2020, p. 289).

Quando se trata da cobrança de dívidas, revela-se necessário reforçar que a exposição vexatória do indivíduo e o constrangimento para o pagamento configuram abuso de direito (BRASIL, 1997). Por exemplo, o método de exposição do devedor em praça pública, utilizado na Roma Antiga, não se limitava apenas a uma violação da dignidade

humana. A monetização da vida e do trabalho forçado, além da prisão civil, devem ser repudiados, porque em nada cooperam para o progresso de evolução da humanidade, revelando-se uma forma de negação de seus direitos essenciais.

Ainda que a principal preocupação do credor seja a quitação da dívida, não é admissível a adoção de qualquer meio - especialmente, os cruéis, desumanos, desproporcionais e não razoáveis - para que a obrigação seja satisfeita.

Nesse sentido, salientam-se várias Súmulas do STF, como a 70 (“É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para a cobrança de tributo”), 323 (“É inadmissível a apreensão de mercadoria como meio coercitivo para o pagamento de tributos”) e 547 (“Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”).

O tributo é um meio de arrecadação necessário para que o Estado possa promover, dentre os seus deveres, a efetivação dos direitos fundamentais sociais. No entanto, o art. 145, § 1º, da Constituição Federal prevê que os impostos terão caráter pessoal, observada a capacidade econômica do contribuinte e “respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte” (BRASIL, 1988).

Diante do exposto, passa-se à análise da (im)possibilidade da prisão do devedor de ICMS.

4. A PRISÃO DO DEVEDOR DE ICMS: SANÇÃO PENAL OU MERO INADIMPLENTO FISCAL?

No final de 2019, o Supremo Tribunal Federal examinou a tese da possibilidade da criminalização do não pagamento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS e da prisão do devedor tributário. No Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 163.344/SC, a maioria do Pleno do STF equiparou a figura ao crime de apropriação indébita tributária, previsto no art. 2º, inc. II, da Lei 8.137/90 (“deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo... , descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”). Contudo, tal entendimento deve recair apenas em relação ao *devedor contumaz*, ou seja, aquele que reiteradamente cobra o ICMS do consumidor final e, mesmo declarando o valor, não o recolhe ao fisco, o que caracteriza o dolo de apropriar-se indevidamente do tributo.

Nesse caso, dois comerciantes de Brusque, Santa Catarina, declararam o ICMS em suas operações financeiras. Porém, não efetuaram o depósito do imposto pago pelo consumidor final, incidindo na conduta de apropriação indébita do valor.

A defesa sustentou ter havido mero inadimplemento fiscal, por aduzir que a declaração prévia do imposto devido descaracterizaria o crime. Ademais, afirmou que a possibilidade de prisão quando do não repasse do imposto poderia ser vista como um modo indevido do Estado credor compelir ao pagamento da dívida, uma vez que poderia satisfazer o débito por outros meios, como a execução fiscal.

O mesmo caso havia sido apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, que denegou o Habeas Corpus nº 399.109/SC, sob a alegação da presença do delito de apropriação indébita tributária. Concluiu ser indiferente a apuração e declaração do imposto devido em guia própria ou livros fiscais, por parte do comerciante, e que isso não retira a sua culpabilidade nem elide a ocorrência do crime tributário. A Terceira Seção do STJ afirmou, pois, não ser hipótese de absolvição sumária do crime e considerou não se encontrarem presentes as excludentes de ilicitude⁶⁴³.

Ademais, o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz assentou que a tutela penal não tem o condão de compelir o devedor ao pagamento do tributo, porque a conduta de não depositar os valores condizentes ao ICMS é apropriação indevida de um tributo que não lhe pertence, sendo tal figura típica amparada no art. 2, inciso II, da Lei nº 8.137/90, sobretudo no que diz ao *devedor contumaz*, ou seja, aquele que não deposita os valores devidos com habitualidade, descartando-se da incidência do tipo penal o devedor eventual ou descuidado.

O não repasse de impostos devidos possui um impacto imensurável na ordem econômica brasileira, tendo consequências diretas e indiretas, como o aumento das desigualdades sociais. A ordem tributária contribui para o alcance dos objetivos dispostos no art. 3º da Constituição Federal, quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária em face do desenvolvimento nacional, à partir da erradicação da pobreza, da marginalização e da redução de desigualdades sociais e regionais⁶⁴⁴. Afinal, o tributo é fonte de receita do Estado para que possa realizar as despesas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais sociais (como educação, saúde, assistência social e segurança pública; art. 6º/CF).

Nesse sentido, Luiz Regis Prado (2019, p. 283) argumenta que a tutela penal da ordem tributária justifica-se pela “natureza supra-individual” do bem jurídico, uma vez que os recursos advindos das receitas tributárias fornecem o respaldo econômico para realizar atividades que atendam às necessidades sociais. A partir da teoria do contrato social, a sociedade transfere seus poderes para o Estado, buscando a efetivação e satisfação ampla de seu bem-estar e, em contrapartida, o Estado precisa ser o instrumento para o alcance desse objetivo. O Estado Democrático de Direito tem a finalidade social

643 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 399.109/SC*, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, J. 22 ago. 2018. Acesso em: 14 jan. 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1680819&num_registro=201701067980&data=20180831&formato=PDF.

644 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 399.109/SC*, op.cit.

de promover melhores condições de vida a todos, além de garantir a assistência e solidariedade social, a partir da sua legitimidade constitucional para o exercício da tutela da ordem tributária (PRADO, 2019, p. 285).

Assim, é necessário fazer uma análise do referido tipo penal. O art. 2, inciso II, da Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, consubstancia-se, por uma ação positiva, quando o sujeito passivo cobra o tributo do consumidor, e por meio de uma ação omissiva, quando o responsável legal tributário deixa de repassá-lo aos cofres públicos (WALKER JR.; FRAGOSO, 2019, p. 81). A conduta omissiva, salienta-se, consiste em “deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”⁶⁴⁵. Tal delito caracteriza-se como *omissivo impróprio*, porque a atividade predeterminada juridicamente deveria ser realizada pelo responsável legal tributário (PRADO, 2019, p. 317).

É possível fazer uma crítica à redação do art. 2, inciso II, da Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, que se revela deficiente, mormente em razão das diferentes interpretações concedidas pelas Cortes Brasileiras. Ao analisar os verbos “cobrar” e “descontar”, presentes no tipo penal em comento, esbarra-se na sua amplitude e alcance. O verbo “descontar” pode ser conceituado quanto ao procedimento pelo qual o responsável tributário abate uma parte da quantia paga ao contribuinte, no ato da entrega de uma remuneração. Quanto ao verbo “cobrar”, subentende-se pela exigência, sendo uma “obrigação tributária acessória imposta ao contribuinte de tributos indiretos, leia-se, aqueles cuja carga econômica o contribuinte pode repassar a terceiros, como, por exemplo, o ICMS, e que deverá ser cumprida quando da realização do fato gerador” (LIMA, 2019, p. 105).

O responsável tributário previsto no artigo supracitado deve ser interpretado à luz do art. 128 do Código Tributário Nacional, ao dispor que “a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação” (BRASIL, 1966). Logo, o legislador não pode escolher, ao seu critério pessoal, terceiro que não tenha relação com o fato gerador como responsável tributário. O limite de sua atribuição deve respeitar a relação mínima do terceiro com o fato (KOCH, 2016, p. 215).

Assim, o não recolhimento de ICMS, seja em operações próprias ou em substituição tributária, se enquadra na figura típica disposta no art. 2, inciso II, da Lei nº 8.137/90, também conhecida como “apropriação indébita tributária”. Essa nomencla-

645 BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Acesso em 17 jan. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm

tura se dá em detrimento da semelhança havida com o delito de apropriação indébita, prevista no art. 168 do Código Penal (LIMA, 2019, p. 105).

A incidência desse crime se pauta na presença de quatro características⁶⁴⁶. Primeira, a inexistência de clandestinidade pressupõe a posse lícita e legítima da coisa alheia móvel, sendo a declaração, o registro e a apuração em guia própria ou em livros fiscais do imposto devido, indiferente para a culpabilidade do agente, não elidindo o delito praticado. Segunda, as figuras de sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária e sujeito passivo da obrigação tributária se confundem, podendo vir a ser as mesmas pessoas quando figuram como contribuinte (sujeito passivo direto da obrigação tributária) e responsável tributário (sujeito passivo indireto da obrigação tributária). Terceira, a sua configuração depende da presença do dolo como elemento subjetivo do tipo, sendo prescindível a existência de elemento subjetivo especial. Quarta e última característica, a incidência do tipo penal se restringe àqueles que deixam de recolher o tributo a partir da cobrança prévia deste perante o consumidor final, devendo o sujeito passivo do delito “descontar” ou “cobrar” o tributo ou contribuição.

A figura do sujeito passivo remonta àquele que assume o ônus da obrigação tributária, podendo figurar tanto o contribuinte, quanto o responsável. Importante fazer distinção entre essas duas figuras, com base no art. 121 do Código Tributário Nacional. O contribuinte tem relação direta e pessoal com o fato, sendo aquele que praticou a conduta geradora do tributo. Por outro lado, o responsável tributário é aquele cuja obrigação decorra de disposição expressa da lei. A título de ilustração, o contribuinte do imposto de renda é o empregado da empresa que recebe o salário. Porém, o ônus da retenção do tributo e seu posterior repasse aos cofres públicos recai sobre o empregador, uma vez que a lei determina que ele seja o responsável (CAPARROZ, 2019, p. 500).

É importante notar que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a questão encontra diferentes soluções. Na Sexta Turma, a compreensão e resolução do problema passa pelo exame de duas situações fáticas distintas: casos de ICMS recolhido em operações próprias e casos de ICMS recolhido por substituição tributária: a primeira situação versa sobre mero inadimplemento fiscal, quando previamente declarado, enquanto a segunda hipótese enseja crime de apropriação indébita tributária. Já a Quinta Turma do STJ, quanto ao mesmo impasse, não estabelece distinção entre operação própria ou substituição tributária, configurando o crime previsto no art. 2, inciso II, da Lei nº 8.137/90 quando comprovado o dolo⁶⁴⁷.

O ICMS cobrado em substituição tributária é uma forma de evitar a evasão fiscal. A substituição tributária pode se dar de maneira antecedente, por meio da criação da responsabilidade tributária em face de fatos geradores pretéritos, tendo sido o

646 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 399.109/SC, op.cit.

647 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 399.109/SC, op.cit.

pagamento do tributo postergado para a próxima fase. Mas também pode ser realizada a substituição tributária de maneira subsequente, delegando o pagamento do tributo aos contribuintes responsáveis pelas operações seguintes (KOCH, 2016, p. 224).

Tal tributo estadual incide sobre a circulação de mercadorias, principalmente sobre a riqueza oriunda das sucessivas operações mercantis. De maneira indireta, o ICMS contribui para o orçamento dos municípios, por meio de compartilhamento, vindo também a incidir, genericamente, para a sociedade, em face do impacto na formação dos custos de produção (KOCH, 2016, p. 20). Sabe-se que o ICMS constitui uma das principais fontes de renda do Estado, tendo um grande impacto sobre a instituição de políticas públicas e funcionamento do aparato estatal.

Entendimento diferenciado foi proposto no voto exarado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no Habeas Corpus nº 399.109/SC, no sentido de que o consumidor não é o contribuinte do ICMS, ou sujeito passivo da obrigação. Isso quer dizer que a cobrança do imposto não incide sobre ele. Para a Ministra, pouco importa se o valor do tributo tenha sido “cobrado” do consumidor, porque inexistente relação jurídica tributária entre ele e o Fisco, figurando aquele apenas como “contribuinte de fato”⁶⁴⁸. Sob essa ótica, o comerciante não comete crime de apropriação indébita tributária, por ser o tributo devido por ele (em nome próprio), não tendo descontado de terceiro e se apropriado indevidamente. O inadimplemento gera o dever de pagamento não só do tributo, mas também de multa, juros e correção monetária, sendo a Fazenda Pública responsável pela execução fiscal, nos moldes da Lei nº 6.830/80.

O mesmo entendimento já havia sido adotado quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.543.485/GO, de relatoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura, em 05 de abril de 2016. Nesse caso, o objeto da demanda versava sobre o não recolhimento de ICMS em operação própria, tendo os administradores realizado a venda das mercadorias com o valor do tributo incluído no preço final e, posteriormente, registrado a apuração do valor do tributo nos livros fiscais. O ICMS próprio é aquele oriundo de sujeição passiva tributária direta, sendo o contribuinte o sujeito passivo da obrigação tributária, não contando com a presença de responsável tributário ou sujeito passivo indireto. Nesse sentido, concluiu-se pela existência de mero inadimplemento fiscal, culminando na atipicidade da conduta criminal. Importante salientar, ainda, que para a Ministra Relatora a inadimplência fiscal baseia-se “no mero atraso ou descumprimento da obrigação de recolher tributo que já foi regularmente declarado pelo contribuinte e configura apenas ilícito administrativo passível de execução fiscal e inscrição na dívida ativa”⁶⁴⁹.

648 *Ibid.* p. 28.

649 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.543.485-GO*. Sexta Turma. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. j. 05.04.2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1501315&num_registro=201501707720&data=20160415&formato=PDF

A distinção há de ser feita quando a inadimplência se pauta em um tributo devido por terceiros, com prévio desconto pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Nessa hipótese, há a incidência do tipo penal previsto no art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, pois é pressuposto para a ocorrência desse crime o desconto ou a cobrança do terceiro, com o seu posterior assenhoramento ao invés de recolhê-lo aos cofres públicos. De maneira mais elucidativa, a Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura compreende que o tipo penal de apropriação indébita tributária incide nas hipóteses de responsabilidade tributária de ICMS ou em substituição tributária, situações nas quais os estabelecimentos industriais descontam o valor do tributo dos produtores e apenas realizam o pagamento do valor devido ao final do ciclo comercial. Nesse caso, “o sujeito passivo tributário se torna legalmente responsável pelo recolhimento de tributo de outrem”⁶⁵⁰.

Também não se pode olvidar da figura do devedor contumaz, que difere daquele devedor descuidado, que não repassa o tributo de maneira singular. A prisão deste devedor se torna desnecessária e indevida, sobretudo por se tratar de episódio único, podendo esbarrar em um eventual abuso, e classificar-se como prisão por dívida, com o intuito de intimidar o devedor ao pagamento do tributo. O delito em questão não comporta a modalidade culposa, razão pela qual a negligência do devedor, em caso específico e único, caracterizaria atipicidade delituosa. Ademais, a Fazenda Pública dispõe de diversificados métodos, no âmbito administrativo, para compelir o devedor ao pagamento, como execuções fiscais e inscrição em dívida ativa, não podendo se valer de sanções penais para ver quitada uma dívida oriunda de um devedor não contumaz.

Vale destacar o Projeto de Lei nº 1.646/2019 (BRASIL, 2019), em tramitação na Câmara dos Deputados, que propõe medidas para o combate ao devedor contumaz e fortalecimento de cobrança de dívida ativa. Ainda, o Projeto de Lei nº 284/2017 (BRASIL, 2017), que tramita no Senado Federal, busca complementar o disposto no art. 164-A da Constituição Federal, principalmente quanto ao equilíbrio da concorrência⁶⁵¹.

Quando do julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 163.334 pelo Supremo Tribunal Federal, surgiu o risco da aplicação desenfreada do novo entendimento a todos os devedores de ICMS. Para evitar tal interpretação, restringiu-se a orientação apenas aos devedores contumazes e que, de alguma forma, agiram com o dolo de apropriar-se do tributo por meio de artifícios e/ou condutas fraudulentas (SOUZA; FUNARO, 2019).

No entanto, cabe à legislação diferenciar os devedores eventuais, reiterados e contumazes. Afinal, o devedor eventual e o reiterado realizam atividades de forma lícita; todavia, não recolhem, de maneira isolada, o tributo (devedor eventual) ou durante

650 *Ibid.* p. 8.

651 “Art. 146-A - Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”. BRASIL, *Constituição Federal*. 1988.

períodos diferentes (devedor reiterado), por vários motivos, sejam eles a espera de capital de giro para efetuar o pagamento ou no aguardo de programa de parcelamento tributário. Já o devedor contumaz “desenvolve suas atividades de forma ilícita, ao adotar a inadimplência tributária como parte do seu ‘objeto social’, visando reduzir artificialmente seus preços e ganhar mercado, em detrimento do Fisco, da concorrência e da sociedade” (SOUZA, FUNARO, 2019).

Nas palavras do Min. Joaquim Barbosa, esses devedores se caracterizam por serem “estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial”⁶⁵².

Além do crime contra a ordem tributária, os devedores contumazes prejudicam os concorrentes, o bem estar social e a economia, por reterem valores tributários de grande monta que se destinam às despesas e investimentos públicos, inclusive na área social.

Mais grave ainda é a aparente legalidade que alguns procuram ostentar, ao declararem ao Fisco o tributo devido, mas sem computar o valor na formação dos seus preços. Essa conduta dolosa pretende “ocultar os reais beneficiários dos ilícitos cometidos” (SOUZA, FUNARO, 2019), gerando um ciclo de reiterados delitos tributários.

Hão de ser ressalvados os casos em que a declaração prévia do ICMS, e a ausência de recolhimento no prazo correto, sejam frutos de dificuldade financeira enfrentada pela empresa. Pequenas empresas suportam cargas tributárias excessivas, muitas vezes incidindo em dívidas oriundas da própria atividade empresarial. Períodos financeiros críticos ensejam dúvidas quanto à possibilidade de pagamento de impostos. A empresa que, em períodos de crise, prefere pagar seus funcionários ao invés do ICMS, declarado previamente, não deve ser culpabilizada, visto que ausente dolo ou fraude. Ainda, há casos em que a empresa aguarda capital de giro, ou até mesmo, um programa de parcelamento tributário. Dessa situação, extrai-se a expressão popular “devo, não nego, pago quando puder”.

A solução do problema deve ser estudada caso a caso. A subjetividade do termo “devedor contumaz” pode ensejar erros de aplicação do dispositivo penal. Os projetos de lei *supra* mencionados, ao limitarem e caracterizarem a conduta de cada devedor, tendem a impossibilitar a criminalização do não pagamento de ICMS, quando realizada por um “devedor eventual”. Esse entendimento pode permitir condutas fraudulentas, de modo que indivíduos mal intencionados deixem de promover o pagamento de ICMS, revestidos de aparente legalidade em razão da não incidência do tipo penal na prática de uma única conduta - caracterizando-os como devedores eventuais. A análise caso a caso permite compreender as condutas realizadas, e evita injustiças, punindo aquele que age com fraude, ou dolo, perante o Estado.

652 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 550.769/RJ*. Plenário. J. 07.05.2008. Min. Rel. Joaquim Barbosa.

A prisão no caso de inadimplemento de tributo é alvo de questionamentos e críticas, porque restringe a liberdade individual em detrimento da cobrança de débitos pela Fazenda Pública. Há quem sustente que a prisão no caso de inadimplemento do tributo não encontra respaldo no princípio da legalidade, sob a alegação de o tipo penal de “apropriação indébita tributária”, quando previamente declarado, culminaria na atipicidade do delito.

Insta salientar que o ICMS, por si só, desafia a compreensão por se tratar de *imposto complexo*, com inúmeras hipóteses de incidência, possibilidades de geração de crédito, além de prever opções para substituição tributária. Somado a isso, a declaração do ICMS, por parte dos comerciantes, e o posterior não recolhimento também encontram divergências na jurisprudência, como já destacado acima.

A diferença de um mero inadimplemento fiscal para a equiparação a uma figura penal de “apropriação indébita tributária” deve ser analisada com cautela, em especial pela consequência penal advinda desse entendimento. Normas restritivas de direitos clamam por interpretações mais contidas.

Interessante notar a solução havida quando o contribuinte declara devidamente seus rendimentos na Declaração de Ajuste Anual para fins de Imposto de Renda e deixa de pagar a DARF no prazo estabelecido. Nessa hipótese, trata-se de ilícito tributário sujeito à execução fiscal, limitando-se à seara administrativa. Em contrapartida, ao inserir informações falsas na Declaração de Ajuste Anual, mesmo realizando o pagamento da DARF, incide o contribuinte no ilícito penal de sonegação fiscal⁶⁵³.

A título de exemplo das dissonâncias interpretativas envolvendo o crime de “apropriação tributária”, podem ser citados diversos julgamentos realizados pelo Superior Tribunal de Justiça. A Quinta Turma do STJ já caracterizou o crime como formal, sobretudo quanto à não exigência da “ocorrência de resultado para a sua consumação, motivo pelo qual é desnecessário o esgotamento da via administrativa para que seja iniciada a persecução penal”⁶⁵⁴. Todavia, sob outra ótica, a mesma Quinta Turma, no HC nº 294.833, de Relatoria do Ministro Felix Fischer, trouxe a necessidade de prévio questionamento na esfera administrativa própria, sendo essa condição objetiva de punibilidade⁶⁵⁵.

Os diferentes entendimentos resultantes de interpretações dissonantes acerca do crime previsto no art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 geram insegurança jurídica, além de esbarrarem, eventualmente, em diplomas internacionais.

653 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 399.109/SC, op.cit. Voto-vogal Min. Maria Thereza de Assis Moura. p. 32.

654 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 278.248/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 12.08.2014, DJE 12/09/2014.

655 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 294.833. Rel. Min. Felix Fischer. Quinta Turma. j. 23.06.2015.

As condutas abstratas presentes no tipo penal podem colidir, até mesmo, com o princípio da legalidade, presente nos arts. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal e 9 da Convenção Americana.

Aliás, em diversas oportunidades, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou acerca da violação ao princípio da legalidade. No caso *Castillo Petruzzi e Outros c. Peru* (1993)⁶⁵⁶, que trata sobre a condenação de quatro cidadãos chilenos pelo crime de traição à pátria (previsto no Decreto-lei 25.575), como uma forma agravada do delito de terrorismo (presente no Decreto-lei 25.475) (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 166-167), a Corte concluiu que “a ambiguidade na formulação dos tipos penais gera dúvidas e abre caminho ao arbítrio da autoridade”. Viola, destarte, o artigo 9º da CADH já que os tipos penais previstos nos referidos Decretos não delimitavam precisamente as condutas delituosas e permitiam que as circunstâncias fáticas pudessem ser enquadradas tanto como terrorismo quanto como traição à pátria.

De forma parecida, em razão do princípio da taxatividade, como corolário do princípio da legalidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 1.099.533-RS, para a questão da inconstitucionalidade do artigo 233 do Código Penal (“*Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público*”), em face do princípio da legalidade do artigo 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal, por considerar que a ausência de determinação no tipo penal do elemento *ato obsceno* importa em ofensa à taxatividade⁶⁵⁷.

5. CONCLUSÃO

O Poder Judiciário no Brasil deve estar comprometido com a máxima proteção dos direitos fundamentais, para evitar retrocessos sociais e para permitir a progressão e expansão dos direitos humanos. O programa constitucional brasileiro é orientado por valores éticos e princípios jurídicos, tendo como preocupação a concretização da dignidade da pessoa humana e a primazia os direitos humanos.

Como pluralidade de ordens jurídicas existentes - internacional e nacional - podem colidir, o Poder Judiciário deve buscar harmonizá-las para evitar uma interpretação nacional de direitos humanos dissonante das Cortes Internacionais (RAMOS, 2011, p. 498). Os crescentes problemas econômicos, sociais, ambientais e políticos desafiam a jurisdição constitucional a solucioná-los, apresentando como resposta a interpretação conforme os valores e princípios, com a consequente abertura da Constituição aos diplomas internacionais (RAMOS, 2011, p. 504).

656 Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Castillo Petruzzi e outros c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de maio de 1999, Série C No. 52.

657 BRASIL. STF. RE 1093553, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 11/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-278 DIVULG 13/12/2019 PUBLIC 16/12/2019.

Logo, a existência do pluralismo de ordens jurídicas compreende a coexistência de normas e entendimentos de diferentes matrizes que dividem o mesmo espaço social. A conversão e concorrência no ordenamento jurídico no espaço nacional é inerente ao Direito Internacional, provocando mudanças importantes no constitucionalismo contemporâneo e contribuindo para a abertura do Direito Constitucional ao Direito Internacional dos Direitos Humanos (RAMOS, 2011, p. 500).

A possibilidade do diálogo entre as Cortes é um grande exemplo de expansão dos direitos fundamentais à partir da abertura do Direito Constitucional em face do Internacional.

Pouco a pouco, a ponderação de princípios, a concretização de direitos humanos e o controle de políticas públicas que os concretizem, por meio da rigorosa fundamentação das decisões, contribuem para a desneutralização política do Judiciário.

Os juízes se submetem à Constituição Federal e aos tratados internacionais que o Brasil é parte, para realizar tanto o controle de constitucionalidade quanto de convencionalidade das leis. Como reitera a jurisprudência da Corte IDH, *todo juiz é juiz interamericano*.

Portanto, não basta o inadimplemento da obrigação tributária para a imposição de prisão. A Fazenda Pública pode cobrar seus créditos, por meio de execução fiscal, sem a necessidade de recorrer a prisão civil como meio de coerção. No entanto, a conduta do devedor contumaz, que, dolosamente, incide no tipo penal do art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, está sujeito à aplicação da prisão, após ser condenado depois de responder ao devido processo penal.

Há necessidade, portanto, de uma leitura compatibilizadora entre as normas nacionais e internacionais em prol do princípio *pro persona* em diálogo que promova a proteção e expansão dos direitos humanos.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 7, out./2001.

BARACHO, José de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 80.

BRASIL. *Súmula Vinculante*. DJE 25. 23.12.2009. Acesso em: 08 jan. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268&termo=>

_____. Supremo Tribunal Federal. *Teoria dos Limites dos limites*. Vocabulário Jurídico. Acesso em: 03.02.2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp?txtPesquisaLivre=TEORIA%20DOS%20LIMITES%20DOS%20LIMITES>

BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*. Saraiva, 1952.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. 3ª Ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020.

_____; PORTO, Leticia de Andrade. *O Ministério Público resolutivo e a proteção dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina Editora, 1993.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra, 2001.

CAPARROZ, Roberto. *Direito Tributário Esquemático*. Coord. Pedro Lenza. 3 Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019 (Coleção Esquemático).

DEMARCHI, Clovis. FERNANDES, Fernanda Sell de Souto Goulart. Teoria dos limites dos limites: análise da limitação à restrição dos direitos fundamentais no Direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, Minas Gerais, v.1, n. 2, p. 73-89, jul./dez. 2015.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KOCH, Deonísio. *Manual do ICMS: teoria e prática*. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. 7 ed. rev. atual. ampl. Salvador: Jus Podivm, 2019.

LLORENTE, Francisco Rubio. El bloque de constitucionalidad. *Revista Espanhola de Derecho Constitucional*. n. 27. set.-dez./1989. p. 9-37.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) y indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 2, p. 618-671, 2013. Acesso em 8 jan. 2020. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31255.pdf>.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle Jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PANSIERI, Flávio. Liberdade como desenvolvimento em Amartya Sen. Constituição, Economia e Desenvolvimento: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2016, v. 8, n. 15, jul./dez., p. 463-479. Acesso em: 15 jan. 2020. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista16/liberdadeFlavio.pdf>

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: Uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 106/107. p. 497-524, jan./dez. 2011/2012.

SANTIAGO, Denny Mendes. *As limitações aos direitos fundamentais: Os limites dos limites como instrumento de proteção ao núcleo essencial desses direitos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. ano 91, n. 798, p. 23-50. São Paulo: Ed. RT, abr. 2002.

_____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVER, Hilary. Políticas dos países europeus para promover a inclusão social. In: *Inclusão social e desenvolvimento econômico na América Latina*. Org. Mayra Buvinic, Jacqueline Mazza e Ruthane Deutsch. Tradução de Hilda Maria L. P. Coelho. Rio de Janeiro: Elsevier, Washington, BID, 2004.

SOUZA, Hamilton Dias de; FUNARO, Hugo. *Devedor contumaz deve ser o foco da criminalização da dívida*

de ICMS. 17 dez. 2019. Opinião - Conjur. Acesso em: 31 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-17/opinio-devedor-contumaz-foco-criminalizacao-divida-icms>

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VARGAS, Angelo Miguel de Souza. *O bloco de constitucionalidade: reconhecimento e consequências no sistema constitucional brasileiro*. São Paulo: Dissertação de Mestrado da PUC-SP, 2007. p. 16.

WALKER JR., James; FRAGOSO, Alexandre. *Direito Penal tributário: Uma visão garantista da unicidade do injusto penal tributário* - 2 ed., Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

O DIREITO DE ACESSO A TRIBUNAL, À MEDIAÇÃO E À ARBITRAGEM NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CONTRIBUIÇÕES DO STJ-

Miguel Kfoury Neto

José Laurindo de Souza Netto

Adriane Garcel

RESUMO: O artigo tem por escopo examinar o direito de acesso à Justiça, sob o viés da Convenção Americana dos Direitos Humanos, por meios autônomos e difusos de solução de conflitos, assim como a atuação do Superior Tribunal de Justiça nessa seara. O trabalho justifica-se pela relevância política, econômica e social, uma vez que a busca constante pelo judiciário inviabiliza a efetividade dos direitos e garantias assegurados na CADH. O exame parte de duas premissas elementares e estruturantes: a invocação de um direito à solução de conflitos por meio adequado e a ampliação dos serviços judiciais para além do provimento adjudicado. Tais assertivas estão presentes no desenvolvimento de todo o ensaio. Assim, em uma incursão a uma visão principiológica e contemporânea contribui para a fundamentação metodológica em pleno desenvolvimento no âmbito da mediação e da arbitragem no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: Acesso à justiça. Mediação. Arbitragem. Direitos humanos. CADH.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A mediação como forma de acesso à justiça sob à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos; 3. A arbitragem na Convenção Americana de Direitos Humanos; 4. O acesso à justiça no Pacto de São José de Costa Rica e as contribuições do Superior Tribunal de Justiça; 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (Bobbio, 1992, p. 24).

A questão do acesso à justiça passou por radical evolução ao longo dos anos. De um acesso restrito e limitado apenas a determinados estamentos da sociedade, o acesso ao Judiciário passou a se expandir, em conjunto com o desenvolvimento de um Estado cada vez mais afeito às políticas sociais.

Paralelamente, o mercado e o comércio internacional também se desenvolveram e, num mundo cada vez mais ágil e globalizado, passaram a demandar respostas e soluções ágeis e práticas para os seus próprios litígios.

Nesse sentido, com a expansão da globalização, a difusão da internet e diante de um panorama que estabelece a necessidade de prestações ágeis e eficazes, mudou tam-

bém o significado do acesso à justiça: se antes a expressão significava, pura e simplesmente, o acesso de todas as pessoas ao Judiciário e a possibilidade de submeter cada vez mais litígios ao arbítrio do juiz togado, hoje o acesso à justiça pode ser compreendido como o acesso aos meios adequados de resolução para cada tipo de litígio, de forma a proporcionar, às partes, a solução mais satisfatória para seus conflitos.

A evolução dos métodos de acesso à justiça é evidente a partir da obra de Cappelletti (1998), que teorizou acerca deste desenvolvimento como um processo que se deu em três *ondas de acesso*.

A primeira teria aberto a possibilidade de assistência judiciária para os mais pobres, democratizando o acesso ao Judiciário, não apenas em termos de acesso aos procedimentos judiciais, mas também através do fornecimento, pelo Estado, de assistência jurídica aos necessitados como forma de expandir, a estas pessoas, o acesso à Justiça, seja através de advogados privados pagos pelo poder público para representar aquelas pessoas que não dispõem de condições, seja pelo corpo de defensores públicos que servem especificamente para esta função.

Cabe ressaltar, aqui, o próprio exemplo da atual realidade brasileira, onde se verifica a gratuidade das custas processuais para aqueles que comprovem fragilidade socioeconômica, garantindo que quaisquer indivíduos, independentemente de renda ou posição social, possam levar suas demandas ao Judiciário.

A segunda onda de acesso à justiça concretizou a possibilidade da representação dos interesses difusos – ou coletivos – perante o Judiciário, o que simbolizou a transição de um Direito que enxergava apenas os litígios e interesses individuais para uma ciência jurídica também preocupada com a tutela das questões da coletividade, principalmente a partir das grandes demandas coletivas verificadas no pós-Segunda Guerra Mundial, relacionadas principalmente à proteção ao meio-ambiente, às questões trabalhistas ou aos interesses do consumidor.

Foi o início não apenas da noção de que diferentes tipos de conflitos também necessitam do acesso à justiça, mas também da percepção, ainda incipiente, de que cada tipo de conflito merece um tipo específico de tratamento que possa conduzir ao seu desenlace.

A terceira onda, de particular interesse para este capítulo, consolidou a noção de que novos problemas demandam novas abordagens e soluções. Foi a onda que contribuiu para a expansão do acesso à justiça através da busca pela compreensão das diferentes possibilidades trazidas por cada conflito; nesse contexto é que surgiram e se desenvolveram os métodos adequados de resolução de conflitos, que se estabeleceram paralelamente à percepção de que era necessário retomar e prestigiar o protagonismo das partes no andamento processual e na solução de seus próprios litígios.

A oferta de novas alternativas para o tratamento de conflitos de interesse se trata, portanto, da concretização do ideal de expansão do acesso à justiça, reconhecendo que a promoção deste acesso não é exclusividade do Poder Judiciário, sendo, antes, política que deve ser promovida pelo Estado através da abertura de novas vias para a resolução dos mais diversos tipos de litígios. Este reconhecimento passa pela percepção de que a função do Estado já não se limita a meramente oferecer acesso aos mecanismos do Poder Judiciário, mas também passa por promover como política judicial a abertura a outros meios de pacificação social (CINTRA, et al., 2010, p.44)

Nesse sentido, os novos métodos de resolução de litígios trazem o elemento essencial para a concretização do acesso à justiça: a eficácia, que evita que este acesso seja meramente formal, contribuindo de forma real para levar *a justa resposta às pretensões das partes* (CINTRA, et al., 2010, p.44).

Somente desta forma é possível concretizar o acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que não deve ser interpretado somente como o acesso puro e simples aos mecanismos da justiça, mas sim como acesso à ordem jurídica justa (MANCUSO, 2012, p.151).

Dentre as novas perspectivas trazidas no bojo da terceira onda, se encontra também a possibilidade da utilização de mecanismos privados para a resolução de litígios (CAPPELLETTI, 1998, p.71), dentre eles a arbitragem, que se consolidou nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, inclusive no Brasil, contribuindo de forma indelével para expandir o acesso à ordem jurídica justa a partir da oferta de um método dotado de plena eficácia e reconhecimento em lei.

Em tempo, partindo deste contexto, com aporte na Convenção Americana de Direitos Humanos, perscruta-se o lastro político e social que dá sustentação a adoção da mediação e a arbitragem no Brasil, estabelecendo-os como mecanismos hábeis e adequados de acesso à justiça.

Na primeira parte, se busca uma contextualização e análise da mediação com aporte na CF/88, na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que institui a Política Nacional de Tratamentos dos Conflitos, e na Lei Federal nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação. Em seguida se examina a arbitragem, com aporte na Lei Nº 9.307/1996. Ambas as análises são verificadas à luz da Convenção Americana dos Direitos Humanos ao que se refere ao acesso à Justiça. Na terceira parte, se apresenta a atuação da Superior Tribunal de Justiça no âmbito da mediação e da arbitragem como portas de acesso à Justiça.

Por fim, reafirma-se os meios adequados de solução de conflitos como verdadeiros instrumentos efetivados dos direitos estabelecidos no Pacto de São José da Costa Rica.

2. A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA SOB À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

De início, todas as querelas interpessoais podem ser trabalhadas na mediação, em que pese, seja mais adequada quando há contendas que envolvem inter-relações duradouras e nos quais preponderam os aspectos subjetivos, uma vez que, privilegia a retomada do diálogo entre os envolvidos e o restabelecimento do *status quo* da relação.

Vale ressaltar, contudo que, para a delimitação do meio de solução de conflitos a ser empregado é necessário considerar a motivação das partes envolvidas, ou seja, os objetivos da questão a ser resolvida, bem como suas características peculiares (PECKHAMM, 1985, p.269)

Neste sentido, a mediação consiste em um processo cooperativo, que considera as emoções, as dificuldades de comunicação e a necessidade e equilíbrio e respeito dos conflitantes e que pode resultar num acordo viável, fruto do comprometimento dos envolvidos com a solução encontrada (BACELLAR, 2016, p.230).

Corroborando, o Código de Processo Civil consagrou de forma expressa o princípio da cooperação em seu artigo 6º, estabelecendo que todos os sujeitos processuais devem cooperar visando uma decisão de mérito justa e efetiva em tempo razoável (GUILHERME; NETTO, 2018, p. 5).

Por um longo período a heterocomposição e a autocomposição foram considerados instrumentos próprios das sociedades primitivas. Por outro lado, o processo jurisdicional representava a conquista da civilização (GRINOVER, 2008, P.71).

Hoje, o interesse pela autocomposição com enfoque funcional, social e político ressurge, mostrando-se como um mecanismo capaz de evitar o processo ou encurtá-lo, tem-se então uma cultura de conciliação, cujos fundamentos passam-se a serem percorridos.

Partindo do pressuposto acima, os fundamentos funcional, social e político das vias conciliatórias são coexistentes e complementares. Uma vez que, o funcional refere-se à racionalização na distribuição da Justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados que buscam a autocomposição, o social trata-se da pacificação e o político da participação popular (LAGRASTA, 2016, p.45-49).

O mecanismo predominante utilizado pelo nosso Judiciário é o da solução adjudicada dos conflitos, que se dá por meio de sentença do juiz. E a predominância desse critério vem gerando a “cultura da sentença”, que tem como resultado o aumento cada vez maior da quantidade de recursos (WATANABE, 2016, p.51).

Alinhada à Convenção Americana de Direitos Humanos, a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ, instituiu a “Política Judiciária Nacional de tra-

tamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, com a consequente disseminação da cultura de pacificação.

Um dos pontos mais relevantes da resolução reside na atualização do conceito de acesso à justiça. Já não basta tê-lo como mero acesso aos órgãos judiciários e aos processos contenciosos, e sim como acesso à ordem jurídica justa. Vislumbra-se então uma tendência nacional de ampliação das vias de acesso à justiça.

Extraí-se, ainda da resolução, que todos os jurisdicionados tem o direito à solução dos conflitos de interesses pelos meios mais adequados a sua natureza e peculiaridade, inclusive com a utilização dos mecanismos adequados de resolução de conflitos, como mediação e a conciliação.

De acordo com o § único, do art. 1º da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que dá regramento ao exercício da mediação com meio adequado para a solução de controvérsias, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Corroborando, pelos critérios estabelecidos no art. 165 do Código de Processo Civil, a mediação é instrumento mais adequado aos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes. Seu propósito é o de ajudar as partes a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles próprios possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, soluções que forneçam benefícios recíprocos.

Nesse sentido, impende destacar a assertiva de Humberto Theodoro Junior, sobre a relevância da pacificação social para uma vida em sociedade:

Para manter o império da ordem jurídica e assegurar a paz social, o Estado não tolera a justiça feita pelas próprias mãos dos interessados. Divide, pois, suas funções soberanas, de molde a atender a essa contingência, em atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 13)

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (2018), no período de 2009 a 2017, a taxa de crescimento médio do estoque foi de 4% ao ano. O crescimento acumulado no período 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos. Sendo que, a Justiça Estadual concentra a maior parte do estoque de processos: 63.482 milhões, o que equivale a 79% dos processos pendentes. A Justiça Federal concentra 12,9% dos processos, e a Justiça Trabalhista, 6,9%. Os demais segmentos, juntos, acumulam 1% dos casos pendentes.

Em 2017, cada juiz brasileiro julgou, em média, 1819 processos, o que equivale a 7,2 casos por dia útil - esse é o maior índice de produtividade desde 2009. Os índices de produtividade dos magistrados (IPM) e dos servidores (IPS-Jud) são calculados pela relação entre o volume de casos baixados e o número de magistrados e servidores que

atuaram durante o ano na jurisdição. Em 2017, o IPM e o IPS-Jud variaram positivamente no último ano em 3,3% e 7,1%, respectivamente. O Cenário é alarmante, sendo um dos motivos pela busca de novos métodos como alternativas mais eficientes para o descongestionamento do Poder Judiciário.

Recentemente, passou-se a afirmar que a mediação, a conciliação e mesmo a arbitragem não seriam meios alternativos, mas sim adequados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas. Essa expressão “multiportas” decorre de uma metáfora – seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta de mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal (CUNHA, 2020, p.1)

Premente, retratar que a opção entre os vários meios alternativos de solução de controvérsias deu-se por diversos motivos, alguns deles utilitaristas, como a economia de tempo, simplificação, ou redução de custos (ENGEL, 2010, p. 42) e por isso não se afigura correto professar a mediação ou a arbitragem ou qualquer outro meio “alternativo” como meio a ser adotado para abrandar o imenso fluxo de processos no Poder Judiciário. Tais medidas não têm esse objetivo específico, em que pese seja possível que sua adoção resulte numa diminuição de processos judiciais.

A mediação reconhecida como método de tratamento mais adequado para as resoluções de conflitos, desburocratiza o acesso à Justiça, tornando-o mais célere, menos custoso e mais eficaz para os envolvidos.

3. A ARBITRAGEM NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A arbitragem se trata de mecanismo extrajudicial de solução de conflitos, sendo um método heterocompositivo, ou seja, que conta com a figura de um terceiro – ou colegiado de terceiros – que decidirá um litígio trazido a ele por vontade das partes. Dessa forma, o conflito é retirado da possibilidade da tutela estatal e submetido ao tribunal arbitral, que é, tanto quanto o juízo estatal, dotado de jurisdição própria, dado que também preenche os escopos jurídico, político e social do processo (DINAMARCO, 1998), a despeito de não possuir o *imperium* do juízo estatal.

Mais do que o poder jurisdicional em comum entre o juízo estatal e o juízo arbitral, no entanto, ambos compartilham também, segundo Dinamarco (2013, pp.38-39), *a convergência em torno do escopo social pacificador*, pois se reportam ao propósito da pacificação social e, hoje, da solução adequada dos conflitos.

De acordo com Carmona (2004, p.51), a arbitragem é entendida como um meio *alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção*

estatal, sendo a decisão dotada da mesma eficácia que uma sentença judicial e servindo para a solução de conflitos concernentes a direitos patrimoniais disponíveis.

Historicamente, a arbitragem se estabeleceu como forma eficaz para a solução de litígios comerciais, tendo forte relação com a prática da *lex mercatoria* e com a expansão comercial que marcou as sociedades ocidentais tanto em Roma quanto na Modernidade, principalmente em torno do comércio marítimo que inevitavelmente acompanhou a expansão das nações europeias através dos séculos anteriores à Contemporaneidade.

Com o desenvolvimento da navegação e das rotas de comércio, as sociedades humanas passaram a desfrutar de crescentes avanços tecnológicos e sociais, frutos das intensas trocas que se desenvolveram entre povos radicalmente diferentes, capazes de pensar novas formas de viver e interagir tanto com o seu próprio ambiente quanto com terras longínquas e, até então, misteriosas.

Quando o homem se lançou ao horizonte – tanto ao mar quanto às terras distantes – e se propôs a desbravar o desconhecido, ele iniciou também um movimento econômico e social que ainda se encontra em processo, servindo para inserir todos os cantos do planeta num modelo econômico global que foi sendo gradativamente refinado ao longo dos séculos.

A prática de um conjunto de usos e costumes mercantis – criados, refinados e mantidos através das rotas terrestres para terras distantes, da navegação e do comércio ultramarino – terminou por originar e consolidar a *lex mercatoria*, ou seja, o direito dos mercadores, comerciantes e profissionais, desvinculado de normas estatais e estabelecido pela prática e tradição, tendo considerável relevância para as economias mediterrânicas.

Com a revitalização e a retomada das práticas comerciais livres abarcadas pela *lex mercatoria* após as duas Guerras Mundiais – quando a queda dos impérios e dos modelos de comércio exterior típicos do fim do séc. XIX foram substituídos por um modelo cada vez mais globalizado e abrangente –, revitalizou-se a arbitragem, sendo estabelecida como o método de preferência para a resolução de conflitos comerciais internacionais.

Isto ocorreu principalmente em resposta à dificuldade enfrentada pela multiplicação e pelo refinamento dos diferentes sistemas legais ao longo do século XX: com o desenvolvimento de codificações cada vez mais especializadas, personalizadas e diferentes entre si, seria impossível manter o crescente comércio internacional sem um certo nível de homogeneidade nas relações, fortemente limitadas pelas leis de cada local. Os Estados se viram forçados, então, a reconhecer a existência da prática e dos costumes no comércio internacional e a sua importância para o manutenção de relações de comércio saudáveis entre diferentes regiões, bem como se viram obrigados a prever, em seus próprios sistemas legais, a possibilidade da opção pelo juízo arbitral.

Este foi o contexto ideal para a ascensão da arbitragem, dada a possibilidade, em seu bojo, de opção por qualquer sistema legal ou codificação preferida pelas partes, que pactuam, no compromisso arbitral, não apenas a natureza dos litígios que serão submetidos ao juízo privado, mas também qual será a legislação aplicável ao caso – havendo, inclusive, a possibilidade de o árbitro julgar o litígio por equidade, se as partes assim preferirem –, cabendo também, às partes, a prerrogativa de decidir conjuntamente acerca de qual será a sede do procedimento arbitral.

Essa característica consagra um dos princípios basilares da arbitragem, a autonomia da vontade, caracterizando *a possibilidade de exercerem as partes, livremente, a escolha da legislação a qual queiram submeter-se* (CARMONA, 2004, p.64).

Este elemento volitivo é parte essencial da arbitragem: para que qualquer litígio seja submetido ao juízo arbitral, é necessária a anuência de ambas as partes, que, dessa forma, recusam a jurisdição estatal, que em geral não pode reexaminar a questão levada à arbitragem (WALD, 2005, p.16). Sendo assim, as partes recusam o seu direito de levar à apreciação do Judiciário os tipos de litígios discriminados na cláusula arbitral, estando vinculados ao que for acordado entre elas e ao que for decidido pelo tribunal arbitral.

No plano internacional, a arbitragem tornou-se o método mais utilizado para a resolução de conflitos comerciais, pois costuma ser mais célere que a justiça estatal – fator essencial para o comércio internacional, fortemente dependente de celeridade –, reduz os custos e a complexidade nas relações comerciais e promove garantias às partes, servindo também para proteger de forma satisfatória tanto comprador quanto vendedor, que podem recorrer ao juízo arbitral em igualdade de condições, da forma já prevista e acordada entre eles.

Vantajosa também, na arbitragem, é a possibilidade de as partes contarem com julgadores especializados na área debatida, posto que também os árbitros são, em geral, escolhidos e acordados entre as partes, e usualmente possuem notável saber acerca das questões técnicas geralmente discutidas no procedimento. Esta característica contribui para reforçar a segurança e a eficácia das sentenças arbitrais, que, para além de mais céleres que as estatais, tendem a ser embasadas em extenso conhecimento técnico, reforçando a promoção do acesso à justiça e de uma ordem jurídica justa.

No Brasil, após décadas de estagnação econômica, a abertura ao mercado internacional no início dos anos 90 gerou interesse e investimentos externos no país, lançando a economia nacional em meio a um mercado globalizado e cada vez mais acelerado.

Nesse contexto, diante da prática consolidada da arbitragem no comércio internacional e se deparando com um número cada vez maior de sentenças arbitrais estrangeiras que de alguma forma envolviam companhias nacionais ou estrangeiras que

atuavam no Brasil, o país teve de enfrentar com a premente necessidade de criação de um dispositivo legal que regulasse estas questões e contribuísse para a inserção nacional no mercado externo.

Seguindo estes anseios, a possibilidade da arbitragem em solo nacional foi inaugurada pela Lei nº 9.307/96, que regulou e estabeleceu as bases de aplicação do juízo arbitral no Brasil e, de forma a garantir a eficácia das sentenças arbitrais, dotou o árbitro de poder jurisdicional, como se verifica no art. 18 da lei, que determina que *o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário* (BRASIL, 1996).

Após questionamentos, a Lei da Arbitragem passou por seu primeiro teste de fogo em dezembro de 2001, quando o Supremo Tribunal Federal consolidou, em decisão histórica, o entendimento de que a Lei nº 9307/96 é constitucional. A decisão veio na esteira da discussão de um *leading case* concernente a homologação de sentença arbitral estrangeira: no caso, iniciado em 1995, uma companhia internacional intentava a homologar no Brasil uma sentença arbitral emitida na Espanha, tencionando a fazer valer seus efeitos também em solo brasileiro; o pedido inicialmente foi indeferido, o que levou a companhia a interpor recurso contra a decisão.

A partir de questionamento do ministro Moreira Alves durante a apreciação do recurso, a discussão sobre a inconstitucionalidade da Lei da Arbitragem foi incluída no julgamento: por sete votos a quatro, a maioria do colegiado da Corte entendeu que o dispositivo legal não feria a Constituição, pois as partes possuiriam o direito de renunciar à jurisdição estatal quando a questão tratasse de direitos patrimoniais disponíveis. Em seu voto, o ministro Carlos Velloso afirmou que o inciso XXXV do Art. 5º da Constituição Federal de 1988 – que determina que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* – *representa um direito à ação, e não um dever* (STF, 2001).

Sendo assim, cabe às partes a decisão de optar ou não por este direito, podendo recorrer à arbitragem se assim o quiserem e se a questão discutida tiver por escopo direitos dos quais elas possam dispor.

Superada a controvérsia acerca da constitucionalidade da Lei da Arbitragem, o instituto só cresceu desde então, tendo sido abarcado pelo novo Código de Processo Civil, que reafirmou a arbitragem como método jurisdicional brasileiro. O crescimento vertiginoso da aplicação da arbitragem também se revela na análise dos números, que seguem sendo superados ano após ano no Brasil, seja em quantidade de procedimentos, seja nos valores arbitrados.

Em 2017, os valores julgados pelas principais câmaras arbitrais brasileiras superaram, conjuntamente, os 26 bilhões de reais (LEMES, 2018, p. 5), o que evidencia o

apelo deste método de resolução de conflitos sobre as questões empresariais e societárias, matérias que lideram a opção pelo juízo arbitral.

Essencial para a expansão da arbitragem no Brasil e para a conexão do país ao contexto arbitral internacional foi a ratificação da Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. A despeito de a convenção datar de 1958, seu reconhecimento e ratificação pelo governo brasileiro ocorreram somente em 2002, após a superação da controvérsia acerca da constitucionalidade da Lei da Arbitragem. Isso facilitou a inserção do país nas tratativas do comércio internacional, àquela altura já profundamente adepto da arbitragem, expandindo as hipóteses de execução de sentenças arbitrais estrangeiras em solo nacional e contribuindo para fortalecer a segurança jurídica do juízo arbitral e das relações comerciais não apenas no Brasil, mas principalmente em âmbito internacional.

Passados mais de 22 anos após a promulgação da Lei da Arbitragem, seu impacto no cenário jurídico brasileiro foi substancial, tendo alterado fundamentalmente a forma como os conflitos de natureza empresarial e societária são tratados no país. Saiu de cena a espera de anos por soluções junto ao Judiciário, já abarrotado por demandas das mais diversas naturezas, e entrou em cena uma forma de solução ágil e satisfatória para estes litígios.

Nos últimos anos, inclusive, a alternativa da arbitragem se tornou praticamente obrigatória nos litígios oriundos de movimentações no mercado financeiro, tendo se tornado praxe a inclusão, nos estatutos da maior parte das empresas listadas na B3 – antiga Bovespa – de cláusula compromissória que direciona ao juízo arbitral todas as disputas oriundas das relações societárias ou entre acionistas e companhia. Relevante notar, inclusive, que para os maiores segmentos da B3, que contam com regras mais rígidas de *compliance*, a inclusão de cláusula arbitral estatutária é obrigatória para a inserção da companhia no mercado de ações.

A inserção desta cláusula em estatuto não precisa ser feita por unanimidade, bastando que a maioria do corpo de acionistas com poder de voto decida por sua inclusão, e sua inserção obriga todos os acionistas da companhia. Se trata de questão que restou controversa por tempo considerável, opondo duas linhas principais de pensamento: de um lado, juristas como Francisco José Cahali defendiam que a inserção da cláusula vincula a todos os acionistas; por outro, Modesto Carvalhosa entendia que vincular os acionistas dissidentes seria solapar-lhes o direito constitucional de apresentar suas demandas diante do Poder Judiciário (CARVALHOSA, 2014).

A controvérsia foi sanada com a reforma da Lei das Sociedades Anônimas, em 2015, que, dentre outros, incluiu o art. 136-A, que determina que a inserção da cláusula compromissória em estatuto por voto de maioria absoluta dos acionistas obriga a todos eles, independentemente de terem votado ou não a favor da inclusão. O remédio

fornecido pela reforma da lei para os acionistas discordantes foi facultar, a eles, o direito de retirada da sociedade mediante o reembolso do valor de suas ações.

Insta ressaltar a possibilidade de solucionar, através deste meio, os litígios que envolvam a Administração Pública. A reforma da Lei da Arbitragem, em 2015, trouxe em seu bojo a intenção de ampliar a prática arbitral no país, de forma a trazer para a jurisdição arbitral, inclusive, as entidades da Administração, desde que respeitando o princípio da publicidade e limitando o escopo destas disputas às questões concernentes apenas aos direitos patrimoniais disponíveis, como verificável nos parágrafos 1º do art. 1º e 3º do art. 2º incluídos pela reforma à lei original.

Segundo o texto dos novos parágrafos, *a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis* (BRASIL, 2015), desde que o procedimento arbitral seja de direito e respeite o princípio da publicidade.

4. O ACESSO À JUSTIÇA NO PACTO DE SÃO JOSÉ DE COSTA RICA E AS CONTRIBUIÇÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em seu Art. 8 (I), a Convenção Americana dos Direitos Humanos determina que *toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza* (CADH, 1969).

Esta determinação simboliza, na prática, a necessidade da promoção do acesso à justiça, garantindo não apenas que o juízo estatal esteja pronto para receber as demandas de todo e qualquer cidadão, mas também que cada indivíduo tenha o direito de ter suas demandas analisadas pelo juízo mais adequado a cada caso.

Nesse sentido, se torna essencial promover os métodos adequados de resolução de conflitos, posto que somente através da forma certa para cada situação o objetivo de pacificação social pode ser atingido.

Como efeito colateral positivo dessa promoção de novos métodos, tem-se também a redução de demandas levadas ao Judiciário, que, hoje se sabe, nem sempre é o local mais adequado para tratar de todos os tipos de litígios, posto que, para certos tipos de demandas ou controvérsias, o processo judicial pode ser incapaz de atender efetivamente à reivindicação de direitos, constituindo, em verdade, um obstáculo processual (CAPPELLETTI, 1998).

As cortes superiores do país, principalmente o STJ, também estão contribuindo para a promoção dos métodos adequados de solução de conflitos. O primeiro passo sig-

nificativo dado pela corte nesse sentido foi a aprovação para a criação, em setembro de 2016, do Centro de Soluções Consensuais de Conflitos do Superior Tribunal de Justiça.

A criação deste Centro se deu por meio de alteração regimental, a partir da emenda 23, datada de 28 de setembro de 2016 e publicada no DJe de 14 de outubro do mesmo ano. Para além de alterar os artigos 11 e 21 do Regimento Interno do STJ, a emenda também inseriu o *Capítulo V*, concernente exclusivamente à mediação. Segundo a redação do capítulo, *O Centro de Soluções Consensuais de Conflitos do Superior Tribunal de Justiça, responsável por realizar sessões e audiências de conciliação e mediação e por desenvolver programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição, será coordenado pelo ministro designado pelo presidente (Regimento Interno do STJ, Art. 288-A).*

O capítulo possibilita, ainda, que o relator das ações tratadas no STJ possa enviar de ofício o processo para a mediação, ou ainda solicitar ao Centro de Soluções Consensuais a indicação de mediador para auxiliá-lo em procedimento de conciliação.

A primeira aplicação exitosa da mediação no âmbito do STJ foi a realizada no Recurso Especial 1.593.118/SP, de relatoria do ministro Luís Felipe Salomão, que tratou de, por iniciativa própria, levar o litígio à mediação antes mesmo da emenda 23. O litígio tratava de controvérsia entre uma seguradora e sua segurada, e seu envio à mediação se deu com o objetivo – declarado pelo ministro Salomão – de consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios⁶⁵⁸.

Outra decisão paradigmática se deu em 2017, quando o STJ estabeleceu que a Oi SA, mesmo em situação de recuperação judicial, poderia realizar mediação com seus pequenos credores. Neste caso, a prática da mediação possibilitou não apenas a solução pacífica e consensual dos conflitos entre companhia e credores, como também contribuiu para a efetivação do plano de recuperação judicial da empresa e para a satisfação daqueles credores que tentavam obter valores através da justiça. Atingindo os objetivos da mediação, o procedimento contribuiu tanto para solucionar o conflito quanto para atuar nas causas de fundo que deram ensejo ao litígio judicial⁶⁵⁹.

Dessa forma, é notável o esforço do Superior Tribunal de Justiça não somente pelo reconhecimento dos métodos adequados de solução de conflitos, como também pela sua ativa promoção. Nesse sentido, a corte mostra seu alinhamento com as políticas promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça, evidenciando a absorção e o impacto cada vez maiores destas políticas no modo de se fazer e pensar a Justiça no Brasil.

658 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.593.118/SP. Recorrente: Bradesco Saúde SA. Recorrido: I.T.R. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 22 de agosto de 2016. DJe 25/08/2016

659 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 157.099-RJ. Suscitante: Oi SA – Em recuperação judicial. Suscitados: Juízo de Direito da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Juízo Arbitral da Câmara de Arbitragem do Mercado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 10 de outubro de 2018. DJe 30/10/2018.

A despeito de não estar mencionada diretamente no texto da Convenção, a arbitragem é método que se encaixa exemplarmente no conceito de acesso à justiça, pois fornece soluções àqueles que, de outra forma, poderiam não ter suas demandas adequadamente tratadas seguindo os métodos tradicionais.

Nesse sentido, um trabalho conjunto de reconhecimento mútuo entre a jurisdição arbitral e a estatal se mostram frutíferos para a prestação da justiça.

Amostra da exemplar sinergia estabelecida entre a arbitragem e a jurisdição estatal, aliás, se encontra nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, amplamente favoráveis ao instituto da arbitragem, principalmente quando se trata de questões concernentes a conflitos de competência. Diversas são as decisões paradigmáticas da Corte em favor da competência do juízo arbitral, reconhecendo a força vinculante exercida pela cláusula compromissória estatutária ou por cláusulas arbitrais contratuais.

Estas decisões contribuíram para reforçar o lugar da arbitragem no ordenamento jurídico nacional, reforçando seu caráter de método adequado de solução de conflitos e cancelando sua prática.

Cabe ressaltar, inclusive, as afirmações proferidas no painel intitulado *Retrato Atual das Práticas de Arbitragem*, promovido pelo STJ em agosto de 2019, no qual se reconheceu não apenas o importante papel prestado pela arbitragem no panorama da solução de litígios, como também a crescente e já significativa sinergia entre o juízo estatal e o arbitral no Brasil.

Segundo o ministro Luis Felipe Salomão, já não existe um cenário de disputa entre juízes e árbitros no país, mas sim de interação e colaboração, posto que, para o ministro,

(...) as soluções extrajudiciais de resolução de conflitos não crescem à sombra do insucesso ou não da jurisdição estatal. Ao contrário, representam o avanço do processo civilizatório da humanidade, que, de maneira consciente, busca mecanismos de pacificação social eficientes.

Ainda, de acordo com o ministro, um dos mais marcantes exemplos do crescimento substancial na prática dos métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil é o seu estabelecimento em disciplinas obrigatórias nas faculdades de Direito pelo país, o que evidencia que a academia e a própria ciência jurídica em si estão abraçando novos métodos e integrando a busca pela pacificação social ao corpo do pensamento jurídico.

Dentre as várias decisões paradigmáticas do STJ acerca do juízo arbitral, destacam-se principalmente aquelas que tratam de conflito de competência entre juiz estatal e tribunal arbitral. No julgamento do Recurso Especial nº 1.656.643-RJ, em 2019, a controvérsia consistia em determinar se o Poder Judiciário teria ou não o poder de *se manifestar acerca do alcance de cláusula compromissória de forma prévia ao próprio Tribunal Arbitral*⁶⁶⁰.

660 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.656.643-RJ. Recorrente: BRPR XXVII Empreendimentos

Em seu voto, a ministra Nancy Andrichi reconheceu a necessidade da aplicação do princípio da competência-competência, já traduzidos em lei pelos artigos 8º e 9º da Lei da Arbitragem, estabelecendo a precedência temporal do procedimento arbitral; dessa forma, em caso de existência de cláusula compromissória, o juízo estatal só poderia se pronunciar após a edição da sentença arbitral e em casos excepcionais de vícios na sentença ou no procedimento, como já previsto pela própria Lei nº 9.307.

A proteção deste princípio na arbitragem se deu de forma a não apenas garantir a eficácia do procedimento arbitral e da cláusula compromissória, mas também evitar a judicialização desnecessária de questões que, como previamente acordado pelas partes, teriam como local adequado de discussão o âmbito arbitral.

Em sua decisão, a ministra utilizou como embasamento, inclusive, a Sentença Estrangeira Contestada nº 854/EX, julgada em 2013, que declaradamente reconhecia a competência do juízo arbitral com o fim de evitar *abrir-se larga porta à judicialização nacional estatal prematura*, além de reforçar a vinculação das partes ao compromisso arbitral, posto que acatar a judicialização da questão por uma das partes submetidas à cláusula arbitral seria conceder, a esta parte, o poder unilateral de *frustrar a arbitragem avançada* anteriormente⁶⁶¹

Em decisão igualmente paradigmática, o voto da ministra Nancy Andrichi prevaleceu no Conflito de Competência nº 157.099, que tinha como controvérsia o conflito entre as competências da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro e do Juízo Arbitral da Câmara de Arbitragem do Mercado de São Paulo acerca do processo de recuperação judicial da Oi SA.

Tal disputa se centrava em torno da instalação de procedimento arbitral para julgar o caso, e o questionamento se deu acerca da possível competência do juízo estatal, dado que, segundo a jurisprudência estabelecida, o juízo competente para decidir tais questões seria aquele no qual ocorre o processo de recuperação judicial. Em sua decisão, o colegiado de ministros reconheceu a competência do juízo arbitral para julgar o caso, posto que a adoção da arbitragem se deu *em decorrência direta de previsão estatutária – livremente aceita pela vontade das partes – que obriga a adoção dessa via para a solução de litígios societários* (STJ, 2018).

Impende ressaltar, também, a divulgação em 2019, pelo STJ, das 14 teses consolidadas na corte sobre arbitragem, na edição nº 122 do periódico *Jurisprudência em Teses*. Nesta publicação, a Secretaria de Jurisprudência da corte compilou os precedentes

e Participações LTDA. Recorrida: Manchester Patrimonial SA. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 09 de abril de 2019. DJe 12/04/2019.

661 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Sentença Estrangeira 5.206-7. Reino da Espanha. Agravante: MBV Commercial and Export Management Establishment. Agravado: Resil Industria e Comercio LTDA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 08 de maio de 1997. Serviço de Jurisprudência do STF, Diário da Justiça de 30/04/2004, ementário nº 2149-6

mais recentes e relevantes do STJ sobre o assunto, tendo dado destaque, em especial, a duas teses principais: aquela que confirma que a atividade desempenhada pelos árbitros *possui natureza jurisdicional* (STJ, 2019) – o que pode ensejar, portanto, conflitos de competência que devem ser decididos pelo STJ –, e aquela que determina que o Código de Defesa do Consumidor impede adoção compulsória da arbitragem no momento de celebração do contrato, porém possibilita que, em caso de conflito entre as partes, elas possam instaurar um procedimento arbitral se ambas assim o desejarem.

Relevantes também são as teses que reafirmam a força da convenção de arbitragem, seja através da determinação de que *a convenção de arbitragem (...) goza de força vinculante e de caráter obrigatório, definido ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derogando-se a jurisdição estatal* (STJ, 2019), seja através do reconhecimento de que a Lei da Arbitragem é aplicável mesmo aos contratos *celebrados antes de sua edição* (STJ, 2019), tópico já consolidado anteriormente com grande força, inclusive, pela Súmula 485 do STJ.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Além da justiça estatal, as controvérsias podem e devem ser solucionadas pela justiça conciliativa e arbitral, por constituírem mecanismos de acesso à ordem jurídica justa, onde o cidadão tem à sua mão a opção de escolher o método que melhor atende a sua pretensão.

Impende destacar que a possibilidade de solução de conflitos com a Administração Pública por via arbitral, trata-se de alteração que visa a atender ao interesse público: através do uso de um método adequado para a solução de questões patrimoniais, a Administração evita ingressar na justiça estatal com demandas que demorariam anos a fio para obter soluções, ao mesmo tempo em que contribui para desafogar o Poder Judiciário das várias demandas patrimoniais que emanam da imensa estrutura administrativa do país.

Desta forma, se promove o meio mais adequado para que os litígios que envolvam bens patrimoniais disponíveis sejam resolvidos de forma célere e eficaz, ressaltando, acima de tudo, o caráter de verdadeiro acesso à justiça deste método de solução de conflitos.

Premente notar, como mostram os números e a inserção cada vez maior da arbitragem na legislação e no ordenamento legal brasileiro, o instituto lançou as bases para se estabelecer como uma das mais relevantes formas alternativas de resolução de conflitos no país, obtendo resultados satisfatórios para os envolvidos e contribuindo para desafogar as demandas do Poder Judiciário, tanto aquelas oriundas da iniciativa privada quanto as advindas da própria Administração.

Esta segurança fornecida pelos procedimentos arbitrais e o processo de mediação, são garantidas por sua harmonia com o Poder Judiciário é verificável através dos extraordinários números da arbitragem e mediações, que crescem vertiginosamente ano a ano.

Dentro do contexto da Convenção dos Direitos Humanos, os meios adequados de solução de conflitos – mediação e arbitragem, podem ser vistos como ações pragmáticas de humanização das relações, de melhoria no convívio em sociedade.

O alinhamento entre STJ, mediação e arbitragem revela, portanto, que tanto as principais cortes do país quanto a jurisdição arbitral estão unidos na promoção dos métodos adequados de resolução de conflitos, permitindo o verdadeiro acesso à justiça e a realização da justiça material almejada pelo cidadão.

A missão agora é instrumentalizar e disponibilizar os métodos adequados de solução de conflitos, criando meios e técnicas aderentes à nova realidade brasileira, de modo que possibilite o acesso à Justiça. Do mesmo modo continuar o trabalho incansável da disseminação da cultura da paz, mudando a mentalidade litigiosa da sociedade.

Conforme estabelece a CADH, o reconhecimento dos direitos essenciais da pessoa humana não deriva do fato de ser ela nacional de um determinado Estado, mas sim o fato de ter como o fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.

Por arremate, o reconhecimento das cortes à atuação na mediação e à jurisdição arbitral é importante não apenas para preservar a segurança jurídica das sentenças prolatadas pelos árbitros, ou a validade dos acordos realizados nas mediações, mas também para garantir que a vontade das partes, pactuada e formalizada, seja valorizada e respeitada, assegurando assim o propósito de um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundada no respeito dos direitos humanos essenciais.

A Convenção corrobora a Declaração Universal dos Direitos Humanos de que somente é possível ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos direitos civis e políticos.

BIBLIOGRAFIA

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. 2ª Edição. São Paulo. 2016.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 5ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

CALMON, Perônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.

- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v.2, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça, Brasília. 2017. (Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87745-juizes-bateram-recorde-de-productividade-em-2017>> Acesso em 8 maio 2019.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. Brasília. 2018. (Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais>> Acesso em 8 maio 2019.
- DIAS, Luciano Souto; FARIA, Kamila Cardoso. A Mediação e a Conciliação no contexto do novo Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista Jurídica Unicuritiba*, v. 3, n.44, 2016, Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1881>>. Acesso em: 06 fev. 2020.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6ª ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013
- GARCEL, Adriane. FOGAÇA, Anderson Ricardo. SOUZA NETTO, José Laurindo de. Métodos Autocompositivos e as novas tecnologias em tempos de Covid-19: online dispute resolution –ODR. *Revista Relações Internacionais no Mundo Atual*, v.1, n.26 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3989> . Acesso em: 27 abr.2020.
- GUILHERME, Gustavo Calixto; Netto, José Laurindo de Souza. Modelo Cooperativo Processual. In: A prescrição das Execuções fiscais. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/20585333/A+prescri%C3%A7%C3%A3o+das+execu%C3%A7%C3%B5es+fiscais+e+o+modelo+cooperativo+processual.+UERJ..pdf/6f86825d-adea-7c0a-172b-5963f3744916> . Acesso em: 05 fev.2020.
- KFOURI NETO, M.; BUZZI, G. C.; SILVA, R. D. L. A efetividade do princípio da fraternidade mediante a escolha pela prática colaborativa na esfera empresarial. In: Priscila Luciene Santos de Lima e Robert Carlon de Carvalho. (Org.). *Diálogos (im)pertinentes ? efetivação da igualdade*. 1 ed. Curitiba: Instituto Memória, 2015, p. 115-138.
- LEMES, Selma. Arbitragem em Números e Valores. Artigo científico. Disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2020.
- LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. Comentários da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010. In: GROSMAN, Cláudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). *Mediação no Judiciário: teoria na prática*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, 281-321.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O Direito à Tutela Jurisdicional: O Novo Enfoque do Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*. Ano 101, v. 926, dez. 2012.
- MOORE, Christopher W. O processo de mediação. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MALBOSC, Patrícia. Arbitration and Mediation in Europe, towards a common business deontology?. In: VASCONCELOS-SOUSA, José (Coord.). *Mediation and Consensus Building: the new tools for empowering citizens ins the European Union*. 1ª ed. Coimbra: MEDIARCOM/Minerva, 2010, p. 135.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- NETTO, José Laurindo de Souza. *Sistemas e Princípios*. 5.ed. Curitiba: Juruá, 2014.
- PARKINSON, Lisa. *Mediação familiar*. Belo Horizonte: Del Rei, 2016. Interfaces Científicas - Direito Aracaju v.6 , n.1 p. 23 - 34 Out. 2017.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Novo processo civil brasileiro. Curitiba: Juruá Editora, 2015. *REVISTA Brasileira de Segurança Pública*, Ano 1, 2.ed., 2007

SANDER, Frank E. A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse. *University of St. Thomas Law Journal*: Vol. 5: Iss. 3, Article 4. P. 670. Disponível em < <http://ir.stthomas.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=ustlj> > Acesso em 15.12.2019. The Future of ADR. *Journal of Dispute Resolution*, n. 1, 2000, p. 3-10.

SANTOS, Boaventura Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 10, 1982, p. 9-40.

SCHONEWILLE, Fred. Mediation in the Netherlands. In: SCHONEWILLE, Manon. SCHONEWILLE, Fred (editores). *The variegated landscape of mediation: a comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the world*. Holanda: Eleven International Publishing, 2014, p. 280-293.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Paula Costa e. *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Relatório sobre conteúdo, programa e método de ensino*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

_____. *O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementariedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 158, p. 93-106, abr. 2008.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas de concretização de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em Teses*. Ed. nº 122. Brasília: Secretaria de Jurisprudência, 05/04/2019.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Editora Método, 2008

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, Volume I**. 58ª Edição. Rio de Janeiro. 2017.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Adolescência, Família, Escola e Lei. A mediação de conflitos*. 1ª Edição. Lisboa: Editora Agora Publicações, 2006, p. 76

_____. *Mediação: teoria e prática*. 1ª Edição. Lisboa: Editora Agora Publicações, 2003.

VICENTE, Dário Moura. *A Directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa*. Separata da Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Coimbra: Almedina, 2009.

WALD, Arnaldo. O controle do processo arbitral pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 26, n. 87, p. 27-35, set. 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1. 15ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 114/115.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: DPJ, 2005.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The New German Law of Obligations: historical and comparative perspectives*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

O DIREITO À MEDIAÇÃO COMO UM ESPECTRO DO ACESSO À JUSTIÇA

Luciana Yuki F. Sorrentino

“O próximo grande salto evolutivo da humanidade será a descoberta de que cooperar é melhor que competir”

Pietro Ubaldi

RESUMO: A partir de um caso concreto que envolve subtração internacional de menores, o presente artigo tem o objetivo de trazer à reflexão questões como a demora da prestação jurisdicional, os efeitos negativos do litígio para a família envolvida e a necessidade de identificação da ferramenta mais adequada para a resolução de cada conflito. Traz reflexões sobre a possibilidade de utilização dos métodos autocompositivos, especialmente, a mediação para a retomada dos canais de comunicação, a construção de soluções personalizadas ao caso e a prevenção de novos litígios. Denota o duplice caráter da mediação, tanto para o tratamento do conflito com a identificação dos interesses envolvidos quanto para a prevenção de novas demandas decorrentes do mesmo problema.

PALAVRAS-CHAVE: Subtração internacional de menores. Mediação. Resolução de Conflitos. Diálogo. Duração razoável do processo.

SUMÁRIO: 1. A vida real. Mais um caso de guarda de menores; 2. Acesso ao judiciário, à justiça e o tempo da prestação jurisdicional. O tempo é inimigo da efetividade do direito?; 3. A mediação pode ajudar?; 4. O papel preventivo de litígios da mediação; 5. Conclusão.

1. A VIDA REAL. MAIS UM CASO DE GUARDA DE MENORES.

No dia 18 de dezembro de 2002, Alejandro Daniel Esteve, argentino, chegou ao Rio de Janeiro acompanhado de sua esposa Hilana de Moraes Lannes, brasileira, e os dois filhos do casal, Dan e Paul, à época com 3 anos e 7 meses, respectivamente. A família portava passagens de ida e volta e declararam ao serviço de imigração serem turistas. Por motivo de trabalho, Alejandro retornou antes a Buenos Aires, enquanto o resto da família deveria retornar no dia 1º de março de 2003, início do ano escolar.

Contudo, na data marcada, Hilana e os filhos não retornaram a Buenos Aires, dando-se início a uma longa batalha judicial pela guarda das crianças de nacionalidade argentina.

Ainda em março de 2003, Alejandro obteve da Justiça Argentina, a guarda provisória dos filhos, que ordenou o retorno imediato deles. No mês seguinte, a Autoridade Central Argentina solicitou a restituição das crianças à autoridade Brasileira.

Transcorridos cinco meses da decisão que determinou o retorno dos infantes à Argentina, em 08 de agosto de 2003, A AGU iniciou o trâmite judicial para restituição dos menores perante a 12ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

Mais de um ano depois da retenção indevida dos menores, em 31 de março de 2004, foi realizada a primeira audiência, na qual o MPF opinou pela procedência total do pedido da União.

Depois disso, transcorreu-se um imbróglio judicial, o processo foi extinto sem resolução de mérito em razão da ilegitimidade ativa da União. Em 14 de setembro de 2004, Alejandro apresentou a petição nº 89704 à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que admitiu a reclamação em 2 de novembro de 2011 (Relatório 173/2011). Nesse ínterim, o TRF-2ª Região, em março de 2008, reformou a decisão reconhecendo a legitimidade da União, mas no mérito, reconheceu que o retorno dos menores à terra natal seria prejudicial, pois transcorridos mais de 5 anos da chegada deles ao Brasil já estariam adaptados e que os elementos dos autos demonstravam a intenção da família de permanecer no país.

Inconformada, a União interpôs recursos especial e extraordinário.

Nos autos do Recurso Especial nº 1.214.408 – RJ, o Relator Ministro Sérgio Kukina, deferiu pedido da União consistente na realização de audiência de conciliação, e na decisão registrou que Alejandro não via os filhos há mais de 10 anos.

O ato foi realizado no dia 13 de dezembro de 2014 nas dependências do próprio Superior Tribunal de Justiça, tendo restado infrutífera a tentativa de celebrar acordo para colocar um ponto final no conflito.

Em 23 de junho de 2015, o Recurso Especial foi julgado pela Primeira Turma do STJ, que manteve, por unanimidade, a decisão do TRF-2ª Região, com fundamento na preservação do interesse dos menores e a sua manifestação no sentido de permanecer no Brasil.

2. ACESSO AO JUDICIÁRIO, À JUSTIÇA E O TEMPO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. O TEMPO É INIMIGO DA EFETIVIDADE DO DIREITO?

O caso da família Esteve, assim como inúmeros outros casos que temos notícias ou presenciamos em nossos círculos sociais e familiares, provoca reflexões e discussões sobre a qualidade e a efetividade do acesso à justiça no Brasil. Afinal, o sistema judiciário é considerado o garantidor contra as violações de direitos individuais e coletivos.

CAPPELLETTI, em sua obra clássica, define o acesso à justiça como as

“duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que

sejam individual e socialmente justos. [...] a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.” (2002, p. 8)

Há necessidade de registrar, entretanto que, acesso ao Judiciário e acesso à justiça não são termos sinônimos. O primeiro se refere à reivindicação de direitos junto ao Poder Judiciário, geralmente, através do direito de ação (art. 5º XXXV da CF)⁶⁶². Já o segundo, de abrangência mais ampla, significa a obtenção da solução do conflito por método adequado, que pode se dar nas esferas judicial e extrajudicial (neste caso, sem intervenção estatal).

Se o acesso ao Judiciário traz intrínseca em sua estrutura, a observância de procedimentos e a adstrição dos pedidos ao rigor do formalismo e da lei incidente sobre o caso concreto, a ideia de acesso à justiça possibilita o livre manuseio de ferramentas de solução de conflitos autocompositivas como a negociação, a conciliação e a mediação, bem como das heterocompositivas como a arbitragem e a própria ação judicial, se esta for a mais recomendada, de modo otimizado para o atingimento do objetivo de pacificação.

Há muito se reconhece a impossibilidade de atendimento, pelo Poder Judiciário, de todas as demandas por soluções de conflitos que surgem na sociedade com a velocidade do clique do “mouse”. A burocracia mínima exigida para o exercício da jurisdição combinada com a complexidade das causas, a estrutura engessada e a falta de recursos públicos para crescimento da estrutura física e de pessoal geram acúmulo de processos a serem resolvidos e, por consequência, maior tempo para resolução dos conflitos⁶⁶³.

O Judiciário ainda não encontrou a solução dessa equação. Se por um lado, a universalização do acesso é um clamor social que encontrou resposta parcial em institutos como a gratuidade de justiça e os juizados especiais, de outro lado, exige-se maior celeridade na resposta de modo a garantir a efetividade de direitos. Como salienta CAPPELLETTI, a destinação do serviço jurisdicional é de servir pessoas comuns, com baixo custo, informalidade e celeridade, com julgadores que tenham preparo técnico e jurídico para lidar com conflitos complexos e permanentes (2002, p. 92-94).

O tempo tem o poder de transformar o conflito, direcionando-o por caminhos suaves ou sinuosos. Por vezes, as pessoas envolvidas em um conflito precisam dele para refletirem e amadurecerem sobre suas atitudes e interesses. Mas, o excesso de tempo, pode ser o combustível para a escalada do conflito, fazendo com que a raiva, o ressentimento e o desejo de vingança se sobreponham aos interesses e necessidades reais. Assim,

662 A expressão “geralmente” se justifica em razão da crescente atuação do Poder Judiciário no âmbito pré-processual, em que se permite ao jurisdicionado a busca da solução do seu conflito, independentemente, do ajuizamento de ação. Esse tipo de atuação encontra respaldo na Política Nacional de Tratamento de Conflitos regulamentada pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

663 A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. (Grinover (2008).

ao longo de cada ano pelo qual o processo estende seus efeitos, os envolvidos passam a se concentrar em estratégias para vencer a qualquer custo, independentemente dos efeitos negativos reflexos, como por exemplo, a quebra do laço parental entre pai e filhos.

Dentre as garantias judiciais previstas na CF (art. 5º, LXXVIII), no CPC (4º e 139, II do CPC) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 8, Item 1⁶⁶⁴), está a duração razoável do processo judicial, pois o excesso de tempo pode fazer perecer direitos e trazer aos jurisdicionados a sensação de desalento quanto à prestação jurisdicional. No mesmo sentido, prescreve o art. 6º, item 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁶⁶⁵.

A percepção geral de morosidade da prestação jurisdicional foi constatada em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça para aferir o grau de satisfação do jurisdicionado. O questionamento formulado foi “*o atendimento é rápido, sem filas ou espera excessiva*” e a maior parte das respostas, 63,6%, assinalaram “nunca” ou “poucas vezes”. Na mesma esteira, quando o questionamento abordou a conclusão dos processos no prazo previsto na legislação, a massa de respostas negativas “nunca” ou “poucas vezes” foi ainda maior, 87%⁶⁶⁶.

Conforme salienta GRINOVER (2009, p. 32), as situações indevidas constituem fator de angústia e infelicidade pessoal, prejudicando a função pacificadora do Poder Judiciário.

No caso em análise, do percurso processual, chama atenção o fato de que o transcurso do tempo, cinco anos, entre o pedido inicial e o julgamento da apelação pelo TRF-2ª Região⁶⁶⁷, seja um dos motivos adotados pelo Poder Judiciário para afastar a incidência da Convenção de Haia e rejeitar o pleito de repatriamento dos menores sob o argumento de que eles já estariam adaptados e seria prejudicial ao seu desenvolvimento a mudança de domicílio.

Na mesma linha, o tempo também atuou como algoz quando o Recurso Especial foi julgado pelo STJ em 2015, 12 anos depois do início do conflito, pois o filho mais velho do ex-casal já tinha 16 anos e não se submetia mais à Convenção de

664 Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

665 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

666 Pesquisa de Clima Organizacional e Satisfação do Usuário. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/missao-visao-e-valores-do-poder-judiciario/pesquisa-de-satisfacao-e-clima-organizacional/>

667 Apelação Cível nº 0018494-36.2003.4.02.5101 (TRF2 2003.51.01.018494-5), disponível em: https://www10.trf2.jus.br/consultas/?q=alejandror+daniel+esteve&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&adv=1&base=JP-TRF&entsp=a&wc=200&wc_mc=0&ud=1

Haia. Igualmente, o filho mais novo, já adolescente, manifestou-se contrariamente ao retorno à Argentina⁶⁶⁸.

Os longos anos de disputa judicial contrariam o disposto no Guia de Boas Práticas – Mediação, do ano de 2012, na qual se fixa como objetivo da Convenção da Haia de 2012 a restauração do “status quo anterior ao rapto tão depressa quanto possível, por forma a reduzir os efeitos nocivos da deslocação ou retenção ilícita” (item 53) e, ainda, realça que “em casos de rapto, o tempo joga a favor do raptor: quanto mais tempo a criança ficar no país para o qual foi ilicitamente deslocada sem que o litígio familiar seja resolvido, mais difícil será restabelecer a relação entre a criança e o progenitor cujo direito de custódia foi violado” (item 54).

Mas, o caso utilizado para estudo no presente artigo não é uma exceção em termos de demora na prestação jurisdicional. O relatório Justiça em Números demonstra que, na Justiça Federal de primeiro grau, o tempo médio para baixa do processo na fase de conhecimento é de 3 anos e na fase de execução de 7 anos e 7 meses. No segundo grau, o tempo médio para baixa é de 2 anos e 5 meses⁶⁶⁹.

A grande questão é como equalizar tempo e eficiência da prestação jurisdicional para que pretensões como a de Alejandro, apoiadas pelo ordenamento e respaldadas em decisões judiciais não sejam prejudicadas em suas relações parentais de modo irreversível, pois perdidas as oportunidades de convivência, acompanhamento e fortalecimento dos laços.

No domínio das relações familiares e parentais, é evidente esta necessidade de uma cooperação efectiva e eficaz, sobretudo quando devemos ter em consideração que o tempo não funciona a nosso favor. O que se perde nas relações de afecto entre pais e filhos não é facilmente recuperável ou pode mesmo nunca vir a ser readquirido. (FIALHO, p. 32)

Do ponto de vista racional, não se afigura razoável que conflitos com graus de complexidade e de profundidade diversos, tratados dentro de um processo judicial, estejam na mesma fila para serem decididos pela via da sentença como determina o artigo

668 (...) 1. **Ainda que comprovada a conduta da genitora em reter indevidamente seus dois filhos menores no Brasil, deixando de retornar para a residência habitual na Argentina, onde residia o pai das crianças** (circunstância rejeitada pelo acórdão recorrido), mesmo assim e em situações excepcionais, nos termos da Convenção de Haia e no propósito de se preservar o superior interesse dos menores, possível será o indeferimento do pedido de imediato retorno dos infantes.

2. No caso concreto, tal como avaliado pela Corte regional de origem, com base em idôneo acervo probatório, os menores já se encontravam adaptados ao novo meio, contexto confirmado, posteriormente, em audiência de tentativa conciliatória realizada neste STJ, ocasião em que os infantes manifestaram o desejo de não regressar para o domicílio estrangeiro paterno. Filho mais velho que, tendo completado 16 anos, não mais se submete à Convenção de Haia, nos termos de seu art. 4º.

3. Nos termos do art. 13 da Convenção de Haia e do art. 12 da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, deve-se levar em conta a manifestação da criança que revele maturidade capaz de compreender a controvérsia resultante da desinteligência de seus pais sobre questões de seu interesse.

4. Recurso especial do Ministério Público Federal não conhecido.

Recurso especial da União conhecido e desprovido.

(REsp 1214408/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 05/08/2015)

669 Relatório Justiça em Números 2019. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf.

12 do Código de Processo Civil: “Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.”

Embora tal regra comporte exceções, em um universo de milhões de processos, os mais diversos tipos de causas formam um emaranhado que se perde pelos meandros dos procedimentos cartorários e aguardam um tempo indefinido pela sua solução. Tempo esse que corrói o próprio direito e as suas chances de ser efetivado. Tempo esse que retira do Judiciário a sua credibilidade e o distancia da sociedade.

A solução, certamente, não é simples, e demanda um olhar sistêmico para o problema, de modo a trabalhar não apenas reduzindo o acervo processual, mas, também, em medidas de prevenção de litígios.

3. A MEDIAÇÃO PODE AJUDAR?

Como visto, o acesso à justiça é muito mais amplo que o acesso ao Judiciário e uma das ferramentas que pode ajudar nas frentes de tratamento e prevenção de conflitos é a mediação, nas esferas judicial ou extrajudicial.

Trata-se de uma forma de solução de conflito autocompositiva, na qual as partes são auxiliadas por um terceiro imparcial, o mediador, a construírem soluções personalizadas que atendam às suas necessidades. O mediador atua como facilitador do diálogo e não se posiciona ou opina sobre os pontos tratados durante a sessão, o seu papel é instigar o olhar sob outras perspectivas e a empatia entre as partes.

A mediação tem sido cada vez mais estimulada em nosso sistema processual. Tanto assim, que a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça tornou obrigatória a todos os tribunais, a implantação da Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos, que prevê a instalação local do Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação – NUPEMEC, órgão responsável pela gestão e fiscalização da política pública e de Centros Judiciários de Solução de Conflitos - CEJUSCs, órgãos responsáveis pela realização das sessões de mediação e conciliação.

Em sintonia com a política pública, em 16 de março de 2015, o Novo Código de Processo Civil consolidou a política judiciária e estabeleceu como uma de suas normas fundamentais a solução adequada dos conflitos (Art. 3º). O legislador pretendeu

[...] converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. [...] Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. (Exposição de Motivos do CPC, 2015).

O diploma processual regulamenta as funções do mediador e do conciliador (Arts. 149 e 165 a 175 do Novo CPC) e, dessa forma, incentiva a sua profissionalização e a abertura do mercado de trabalho. Os conciliadores e mediadores são peças funda-

mentais na efetivação da política judiciária, ao atuarem de forma técnica e com observância dos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (Art. 166 do CPC).

O Art. 165 do CPC ratifica a importância dos CEJUSCs como um espaço diferenciado dentro dos tribunais destinado ao diálogo e à pacificação.

O Novo CPC torna regra a realização de audiência de conciliação na fase inicial do processo através do art. 334, *caput* para as causas cíveis em geral e, também prevê a prática do mesmo ato nas ações de direito de família, consoante disposto nos artigos 694 e 695.

O cenário legislativo nacional teve acrescida a Lei 13.140/2015 ou “Lei de Mediação”, que regulamenta a atividade e os requisitos mínimos para o seu exercício nos âmbitos judicial e extrajudicial. E, juntamente com o art. 166 do CPC, consolida os princípios norteadores do processo autocompositivo: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e da decisão informada.

No âmbito internacional, a mediação também tem papel de destaque na solução de conflitos familiares, tanto na Convenção *sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980, que no art. 7, “c”, prevê o dever da autoridade central de “assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável”, quanto na Convenção sobre Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família de 2007, que na mesma esteira, estabelece no seu art. 6º o uso preferencial dos métodos consensuais para pagamento voluntário da verba alimentar.*

Diante de um quadro legislativo tão favorável, a administração da Justiça deve considerar em seu planejamento um rol de ferramentas para solucionar os conflitos conforme o seu perfil e a sua complexidade. Saliente-se que não existe ferramenta alternativa, mas, sim, adequada, pois, o “importante é atingir o mais apropriado grau de justiça. A sentença não é o objetivo do processo. A sua finalidade é a composição da lide”. (NALINI, 2012, p. 83-84).

Registre-se que a finalidade precípua da mediação, como se pode pensar, não é a celebração de acordo e a redução da quantidade de processos judiciais e andamento. A vocação dos métodos autocompositivos é muito maior do que isso. Trata-se de resolver o conflito de forma definitiva com foco na satisfação das partes envolvidas, que serão encorajadas a pensar soluções criativas para o seu problema, independentemente dos limites da petição inicial e do processo.

A realização da sessão de mediação na fase inicial do conflito é estrategicamente recomendada por dois motivos: (i) reduzir os custos financeiros e emocionais com a tramitação do processo judicial e (ii) para evitar a escalada ou crescimento do conflito em espiral, que consiste na evolução das agressões

[...] de tal forma que, ao final, pouco ou nada restará do problema que o gerou. O que realmente interessava foi substituído por novos, maiores e mais arraigados diferentes conflitos e desentendimentos, agora incrementados de rancores, ódios e desconfianças que se tornam muito mais difíceis de serem solucionados. (BACELLAR, 2011, p. 35)

A questão atinente à escalada ou crescimento em espiral do conflito não pode ser ignorada, especialmente nos casos de família, em que as atitudes agressivas instigam a reatividade e, por vezes, atingem a esfera criminal⁶⁷⁰.

Um exemplo de prevenção ao desenvolvimento da espiral do conflito na legislação vigente está contido no parágrafo 1º do art. 695 do CPC⁶⁷¹, o qual fixa que nas ações de família, o réu será citado para participar de uma audiência inicial de mediação com a peculiaridade de que o mandado não seja acompanhado da contrafé, a fim de evitar que a simples leitura da petição inicial acirre ainda mais os ânimos envolvidos.

Participar de uma sessão de mediação conduzida por profissional especializado e capacitado conforme as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça é um direito das partes envolvidas no conflito, e que somente pode ser dispensado se ambos os envolvidos assim concordarem. Não se trata de faculdade do magistrado condutor da demanda, mas fase obrigatória do processo, que deve ser cumprida sob pena de nulidade⁶⁷².

Segundo VEZZULLA (2001), a atuação do mediador está centrada no relacionamento entre as partes e no restabelecimento do diálogo. Sua atuação não se confunde com a do juiz ou do árbitro, que ao final dará razão a uma das partes, e tampouco com a do negociador que não é imparcial e tem interesse direto no resultado final. O mediador, enquanto terceiro imparcial e equidistante das partes envolvidas no conflito não dá sugestões ou se coloca a favor de determinadas posições, ao contrário, através de perguntas, provoca a criatividade dos mediados para que enxerguem soluções além do processo.

O direito à mediação ou à tentativa de resolução autocompositiva do conflito não se resume ao cumprimento de uma formalidade, como se procedia sob à égide do Código de Processo Civil de 1973, na qual o próprio juiz conduzia o ato intuitivamente. Sobre o tema, é pertinente a análise de WATANABE:

670 Caso recente noticiado amplamente pela imprensa que reflete o desenvolvimento do conflito, foi o do pai, Paulo Roberto, que matou o filho, Bernardo, em Brasília/DF. Segundo a denúncia, o autor praticou o crime em retaliação à mão da criança, por não se conformar com pagamento da pensão alimentícia e com o regime de visitas do filho. Notícia disponível em: <https://www.metropoles.com/distrito-federal/justica-distrito-federal/caso-bernardo-pai-vira-reu-por-homicidio-triplamente-qualificado>

671 Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

672 Nesse sentido: “EMENTA: PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – INTERESSE DA PARTE EXECUTADA NA SOLUÇÃO AMIGÁVEL DA LIDE – NECESSIDADE DE DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 139, V, DO NOVO CPC DE 2015. Considerando o disposto pelo art. 139, V, do CPC de 2015, e por competir ao magistrado, em qualquer tempo, tentar conciliar os interesses em litígio, tenho que **tal norma não é mera prerrogativa concedida ao juiz, mas sim imperativo de conduta a ele dirigida**, mormente quando esse tipo de solução da lide é requerida por uma das partes; como no caso dos autos; sendo que a audiência de conciliação deve ser dispensada somente quando a parte contrária manifesta expresso desinteresse na solução amigável.” (TJMG - Agravo de Instrumento 1.0223.09.278373-5/005, Relator(a): Des.(a) Otávio Portes, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/03/2017, publicação da súmula em 31/03/2017) grifo nosso.

Uma das causas do pouco êxito das atividades conciliatórias, no modelo hoje praticado no juízo comum, é a atribuição do trabalho de mediação ao magistrado que irá julgar a causa. Além da sobrecarga de trabalho, que o impede de dedicar tempo mais amplo às atividades mediadoras, o magistrado tem natural restrição, decorrente da função de julgador da causa, que o limita, pelo risco de prejulgamento, na formulação de ponderações e propostas de acordo para os litigantes. Ademais, as partes receiam que suas afirmativas sejam, eventualmente, interpretadas pelo juiz da causa como fraqueza de suas posições e pretensões, o que as bloqueia na formulação ou aceitação de propostas de acordo. Disso tudo resulta a pouca eficácia das tentativas de conciliação. (2005, p. 690)

Retomando o caso em estudo, o Ministro Relator do Recurso Especial deferiu a realização de audiência de conciliação, que segundo consta, foi realizada em seu próprio gabinete no tribunal, mas restou infrutífera. Não há registro da pessoa responsável pela condução do ato.

Não obstante louvável e em consonância com as diretrizes do CPC, a iniciativa poderia ter sido mais exitosa, se observadas detalhes que, na execução da política pública de resolução adequada de conflitos, estão sempre presentes. Nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e de Cidadania - CEJUSCs, as sessões de mediação e conciliação são realizadas em ambiente apartado das Varas e Juizados e cujo leiaute é especialmente pensado para acolher e afastar a ideia kafkaniana de um Judiciário frio, distante e hierarquizado, que muitas vezes está impregnada nas pessoas. O processo autocompositivo pode começar com sessões de pré-mediação, na qual cada uma das partes é informada sobre a sistemática dos encontros e coloca o seu ponto de vista do conflito para o mediador. Os encontros conjuntos são realizados em local que garanta a confidencialidade das informações tratadas e recomenda-se seja equipado com mesa redonda e cadeiras iguais, para que os envolvidos percebam que estão no mesmo nível e se reforce a ideia de inexistência de lados opostos ou de adversariedade. A informação flui e, aos poucos, cria-se um ambiente de confiança e reciprocidade que favorece a reflexão e o diálogo. Recentemente, o STJ julgou outro caso semelhante em que a tentativa de conciliação no segundo grau também restou infrutífera. Trata-se do Recurso Especial 1788601/SP, julgado em 19 de setembro de 2019⁶⁷³.

É importante registrar que a conciliação não seria a ferramenta mais adequada para o caso em tela, cujo objeto central envolvia aspectos sentimentais, emocionais, pessoais e a necessidade de preservação e manutenção do vínculo familiar e parental entre os envolvidos. A mediação seria mais adequada ao caso concreto, em razão do vínculo previamente existente e da importância de identificação dos interesses recíprocos para o desenlace do conflito (parágrafo 3º, do art. 165 do CPC).

As barreiras para que o magistrado condutor da causa não conduza as tentativas consensuais de solução do conflito também alcançam a questão atinente à gestão do

673 https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803090928&dt_publicacao=30/10/2019

sistema de resolução de conflitos. Como técnicos, os magistrados devem se concentrar na atividade de julgamento das causas de grande complexidade ou naquelas não resolvidas pelo sistema autocompositivo, possibilitando-se, dessa forma, como leciona MANCUSO, um alívio para o peso que os tribunais tem enfrentado e abrindo espaço para a cognição ampla das demandas no sentido de extensão e exaurimento da matéria com profundidade, como é o caso das ações de improbidade administrativa e ações de danos ambientais insuscetíveis de composição (MANCUSO, 2009, p. 35)

A inserção dos métodos autocompositivos na sistemática processual civil implica em otimizar os recursos disponíveis ao Judiciário. Não se recomenda combater uma simples virose com quimioterapia, da mesma forma que não se recomenda utilizar um processo judicial, formal, caro e demorado para qualquer tipo de conflito.

Como nos ensina CAPPELLETTI (1994, p. 97):

[...] é nosso dever contribuir para fazer o que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente.

Alguns conflitos, como os de família, são com mais propriedade pelos seus membros, na medida em que a sentença congela um momento no tempo para fixar a solução e as relações familiares continuadas precisam, necessariamente, de soluções dinâmicas e adaptáveis à realidade dos envolvidos, sem que seja necessário o ajuizamento de novas demandas para discutir relações futuras⁶⁷⁴. Como salienta DITTRICH (2016):

Nos casos de sequestro internacional, a possibilidade de ampliação dos aspectos a serem discutidos na mediação pode significar a diferença entre um retorno voluntário rápido e um processo judicial custoso e demorado, com prejuízos ao bem-estar da criança.

É importante ressaltar que a distância física entre os envolvidos no conflito não é um óbice à realização da mediação. No caso da família de Alejandro, Hilana, Dan e Paul a inviabilidade dos interessados se encontrarem não inviabilizaria de plano a realização da tentativa de autocomposição, à exemplo do que ocorreu em caso de fundo familiar no âmbito do TJDF, no ano de 2017, quando foi realizada mediação por vídeo conferência, na qual, uma das partes residia nos Estados Unidos.

Na referida mediação por videoconferência, após quatro sessões de mediação, foi celebrado um acordo que envolvia quatro ações judiciais daquela família que incluíam discussões sobre alimentos e abandono afetivo, com o relato expresso de satisfação dos

674 A perspectiva temporal. Processos autocompositivos são, como regra, prospectivos uma vez que se preocupam com o futuro da relação em questão. Por sua vez processos heterocompositivos são retrospectivos na medida em que buscam examinar o passado da relação e verificar como compensar eventuais equívocos passados com reparações no presente. Azevedo (2016, p. 30).

envolvidos, especialmente em razão do restabelecimento do diálogo e retomada dos laços afetivos, como relatado pelo pai, que era réu na ação principal, em entrevista: *“Ao longo das sessões as barreiras foram quebradas, o que possibilitou o diálogo. Eu, que cheguei relutante, saí abraçado com todos.”*⁶⁷⁵

Não se podem ignorar os avanços tecnológicos e tampouco impedir os jurisdicionados de dele usufruírem. Tanto assim, que o art. 46 da Lei 13.140/15⁶⁷⁶, que regulamenta a mediação e o § 7º, do art. 334 do CPC⁶⁷⁷ reconhecem a possibilidade de realização de audiências de mediação e conciliação online. E para tanto, estão à disposição aplicativos de comunicação síncrona e de vídeo conferência quanto câmaras virtuais privadas de mediação e conciliação⁶⁷⁸.

No mesmo sentido, o Guia de Boas Práticas - Mediação da Convenção da Haia de 1980 estabelece tal possibilidade no item 172 e, ainda registra que na Austrália a denominada “Resolução de Conflitos em Linha” registrou um desenvolvimento rápido nos últimos anos.

Diante da impossibilidade de encontro presencial entre as partes envolvidas seja por questões financeiras ou por questões pessoais, por exemplo, quando há grande animosidade, a possibilidade de autocomposição não pode ser dispensada de plano, devendo-se considerar as ferramentas tecnológicas disponíveis para o diálogo e para a construção de soluções conjuntas.

Ademais, considerando que expansão da tecnologia tem atingido um grande público, a abertura para o diálogo por meios virtuais não tende a gerar grande resistência. Ao contrário, deve haver receptividade à novidade, na medida em que ela possibilita o encurtamento de distâncias geográficas e a redução dos custos financeiros com a solução do conflito.

4. O PAPEL PREVENTIVO DE LITÍGIOS DA MEDIAÇÃO

A mediação, enquanto ferramenta autocompositiva de acesso à justiça, não tem apenas o caráter de resolução do conflito judicializado. Aliás, o Guia de Boas Práticas da Convenção da Haia, recomenda que:

118. A possibilidade de recurso à mediação ou a outras formas de resolução amigável de litígios deve ser apresentada o mais cedo possível às partes de um litígio familiar internacional relativo a crianças. A mediação pode ser oferecida como uma medida preventiva na fase inicial do conflito familiar para evitar um rapto.

675 <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/maio/mediacao-por-videoconferencia-entre-brasil-e-estados-unidos-da-fim-a-19-anos-de-litigio-familiar>

676 Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo. Parágrafo único. É facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas nesta Lei.

677 § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

678 As câmaras privadas presenciais e online de conciliação e mediação credenciadas pelo Poder Judiciário podem ser consultadas no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, disponível em <https://www.cnj.jus.br/ccmj/>.

Na frente preventiva de litígios a mediação exerce dois importantes papéis: (i) através do fortalecimento do diálogo, a mediação tem o poder de evitar ou enfraquecer conflitos familiares futuros e, ainda, (ii) aqueles que tiveram experiência positiva com o método autocompositivo, passam a considera-lo como ferramenta extrajudicial transferindo o diálogo para o foro extrajudicial sem a intervenção do Poder Judiciário, que passa a atuar apenas subsidiariamente.

A mediação debruça-se sobre a discórdia atual e tenta solucioná-la de forma a evitar novas alterações no futuro. E ainda direciona todos os seus esforços em atacar o problema-chave da discórdia, ao invés de perder tempo e recursos em atacar a pessoa, como muitas vezes acontece no sistema judicial. (CRUZ, 2011, p. 18)

Na jornada do restabelecimento do diálogo, o mediador, sempre neutro e imparcial, vai auxiliar as partes envolvidas no conflito a depurarem os sentimentos de raiva e rancor acumulados ao longo do relacionamento que se findou e, dessa forma, despirem-se de ideias preconcebidas sobre o caráter ou o comportamento do outro e, por fim, focar no que realmente importa, a manutenção dos laços parentais e o bem-estar dos filhos.

[...] o objetivo direto da mediação não é o acordo. Atribui-se à mediação escopos outros que apenas facilitar ou ajudar, mediante a avaliação, a resolver o conflito. Ela também seria responsável pela reconstrução de laços rompidos, emocionais ou não, construir novos, pela capacitação (empowerment) das partes, ensinando-as, a partir da experiência presente do conflito, a administrar e compor os seus futuros conflitos, o que validaria a solução encontrada. A consciência da existência de mútuos interesses e sentimentos envolvidos conflui para uma humanização do impasse, razão pela qual a mediação teria uma dimensão transformadora da pessoa. (LORENCINI, 2009, p. 620)

Com efeito, ao trazer mais qualidade de diálogo para os envolvidos no conflito, a mediação consegue deslocar o foco das ações de questões colaterais como o valor da pensão alimentícia, os dias de visita e até mesmo com quem a criança irá residir, para resgatar o afeto e a prioridade do melhor interesse da criança.

Isso por que a vontade de cada um dos pais de fazer prevalecer a sua opinião ou vontade, por vezes os impede de enxergar de modo neutro a situação mais favorável ao desenvolvimento emocional e intelectual dos seus filhos. Trata-se do vencer por vencer; ou do vencer para ver o outro cônjuge sofrer. Mas, quem sofre mais nesse cenário de guerra?

ROCHA afirma que o conflito entre os pais pode gerar nos filhos consequências como a dificuldade no estabelecimento de relações de confiança, comportamentos antissociais, baixa tolerância à raiva, hostilidade, problemas de sono e alimentação, maior conflituosidade com figuras de autoridade, vulnerabilidade e dependência psicológica, sentimento de culpa e doenças psicossomáticas (2015, p. 17-18).

Os efeitos negativos do conflito levado ao extremo se exteriorizam física e psiquicamente e são sinais de alerta, que condensam um pedido de socorro e a premente necessidade de abordar o problema sob outro prisma, isento do espírito de adversariedade que rege o processo judicial.

O segundo aspecto preventivo da mediação consiste na experiência positiva da utilização da ferramenta para a solução de conflitos futuros, independentemente da intervenção judicial.

Nesse sentido, Pesquisa de Satisfação do Usuário - PSU aplicada pelo TJDFR no âmbito dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e de Cidadania – CEJUSCs indicam que, para além do acordo, as pessoas se sentem satisfeitas com a experiência diferenciada que vivenciaram na mediação. O índice médio de acordo das mediações familiares no biênio 2018/2019 foi de 55,1% enquanto 87,9% dos usuários declararam-se “satisfeitos” e “muito satisfeito”⁶⁷⁹ com o serviço prestado, ou seja, independentemente da celebração de acordo, o usuário reconhece como positiva a experiência e a tentativa de retomada do diálogo.

A mesma pesquisa revela que 86,5% dos usuários dos serviços autocompositivos do TJDFR reconheceram o seu protagonismo na construção da solução ao responderem à questão “sentiu que participou da solução do conflito?”

Assim, a mediação, portanto, não busca verdades estáticas; busca, isto sim, colocar os atores do conflito em contato, procurando resgatar a capacidade de alteridade de cada um para que, mesmo diante da diferença, possam reconhecer-se e, enfim, entender-se através do diálogo, possibilitando a recuperação da autonomia, da responsabilidade e da formação de um consenso nem induzido, nem imposto, mas racional e, enfim, voltado à paz, sempre admitindo o traço – tal como Hobbes – humano e inerente do conflito. (SPENGLER & COPELLI, 2014, p. 250).

A vivência positiva da mediação dentro do Poder Judiciário pode ser o primeiro passo para a transição do que WATANABE (2005) denomina de “cultura da sentença” e para a “cultura da pacificação”, na qual a sociedade é empoderada a resolver os seus próprios conflitos sem a intervenção direta do Estado e o acionamento da via judicial se torna residual⁶⁸⁰.

Decerto, a mudança paradigmática pretendida é ambiciosa, pois tira o jurisdicionado de sua zona de conforto, de estar em compasso de espera para obter uma decisão adjudicada, e passa a exigir dele uma postura proativa e engajada na construção da so-

679 Fonte: Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação.

680 Em suma, na devida releitura, atualizada e contextualizada do acesso à Justiça, cumpre visualizá-la em termos de uma oferta residual, uma garantia subsidiária, disponibilizada para as controvérsias não dirimidas ou mesmo impossíveis por outros meios, auto e heterocompositivos. Com isso, o Judiciário poderá então dedicar-se aos processos efetivamente singulares e complexos, ao invés de produzir justiça de massa, através de organismos cada vez maiores, que empenham parcelas crescentes do orçamento estatal e conduzem a um indesejável gigantismo da máquina judiciária. Mancuso (2014, p. 73)

lução do conflito de forma estruturada e personalizada. Trata-se de uma independência retomada ao custo da conscientização de reconhecer em si a origem e a solução dos próprios problemas e, dessa forma, agir de forma empática e compassiva.

Como salientam WARAT e MEZZAROBÀ, a mediação permite que se capte o outro, que “muitas vezes, serve como espelho das coisas que resultam insuportáveis em nós mesmos e não queremos ver” e, ainda, “dar-se conta do quão profundamente sólida pode ser a satisfação de um vínculo honesto, quando, no contato, as duas pessoas estão dispostas a ser elas mesmas, completamente” (2004, p. 163).

5. CONCLUSÃO

O crescimento dos conflitos familiares segue *pari passu* a transformação e evolução das relações sociais e afetivas. Mas, ao contrário de causas massificadas como as de consumo nas quais podem ser aplicadas soluções padronizadas, os conflitos de família exigem olhar atento e sensibilidade para todos os interesses e sentimentos envolvidos.

Isso porque, não raras vezes o desgaste das relações e a ruptura do diálogo transformam questões adjacentes em um verdadeiro cavalo de batalha. Frustração, ódio, raiva e ressentimento são os móveis do processo judicial e para as estratégias de vencer a qualquer custo.

E, nessa batalha, o sistema processual, que apesar de ter como um dos seus pilares a autocomposição, incentiva, através do litígio, a postura adversarial entre as partes, que se afastam a cada ato processual e não identificam que na dialética Hegeliana, tese e antítese se confrontam para formar a síntese, a qual, segundo paralelo traçado por CRUZ (2011, p. 62), também pode ser obtida através do auxílio de um mediador, que dirige as partes ao diálogo e ao acordo.

O tempo também não milita em favor das pessoas envolvidas em um litígio. Pesquisas indicam que na Justiça Federal de primeiro grau, o tempo médio para baixa do processo na fase de conhecimento é de 3 anos e na fase de execução de 7 anos e 7 meses. No segundo grau, o tempo médio para baixa é de 2 anos e 5 meses⁶⁸¹. No caso da família de Alejandro, Hilana, Dan e Paul, que originariamente residia na Argentina, foram 12 anos de espera, até que o STJ decidisse definitivamente o conflito e fixasse a guarda dos filhos para a genitora no Brasil.

Nesses doze anos, os filhos estabeleceram novos laços no Brasil e pelo registro de uma decisão do Min. Relator do Recurso Especial, ficaram dez anos sem ver o pai. Após tantos anos, alguém teria dúvidas sobre a vontade dos menores em permanecer com a mãe?

Não se trata de uma crítica à morosidade. Trata-se da constatação de que diante

681 Relatório Justiça em Números 2019. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf.

do grande fluxo de demandas judiciais, o Poder Judiciário, não raras vezes, deixa de oferecer resposta tempestiva aos pleitos que lhe são apresentados.

A falta de estrutura, de orçamento e o formalismo mínimo exigido pelo sistema processual culminam em soluções não efetivas em razão da demora. Na família mencionada, o homem que deixou de conviver com seu filho recém-nascido e o reencontra dez anos depois, certamente, tem dificuldades de se colocar como referência paterna, ainda que haja condições favoráveis como a receptividade da criança, da mãe e a proximidade geográfica. Mas, o processo judicial não alcança esses meandros (e não foi idealizado para tanto), pois se fixa em promover a resolução estanque do conflito, sem considerar a nova realidade criada a partir da decisão judicial final.

Se para grande parte das pessoas, a expressão “conflito” está necessariamente vinculada à negatividade, trazendo ideias como guerra, agressão, violência, disputa, raiva, agressividade (CNJ, 2015, p. 49), à margem dos filtros impostos pelos sentimentos negativos, é importante enxergar no conflito uma chance de aprendizado, crescimento pessoal e de fortalecimento de laços.

E, é exatamente por isso que os conflitos familiares são naturalmente vocacionados à resolução pela mediação, na medida em que a ferramenta autocompositiva incentiva o diálogo e a comunicação, de modo a que as partes identifiquem a convergência dos seus interesses e assumam o protagonismo na construção das melhores soluções possíveis diante do quadro fático.

Assim, no mesmo compasso de mudança social, é preciso se desvencilhar dos paradigmas de que a única garantia para a efetivação de um direito violado é o processo judicial, mas enxergar que é possível, por si próprio, buscar ativamente por uma solução de pacificação prospectiva, que possibilite o exercício dos direitos e deveres parentais no dia-a-dia sem se perder de vista a dificuldade de retomada dos laços afetivos e o triste esvaimento do tempo de convivência com as pessoas queridas.

O movimento de resolução de conflitos vai no sentido de retomada do poder de decisão pela sociedade com estímulo ao diálogo e à empatia em prol de uma convivência mais tolerante e solidária, capaz de enxergar os próprios defeitos e erros. Trata-se de um processo de inovação que envolve todos os atores jurídicos e os usuários do sistema de justiça. Como salienta NALINI, “por que não procurar fazer as coisas de um modo novo? Por que não incorporar novidades que tendam a aperfeiçoar uma prestação que se desenvolve da mesma forma há séculos” e, ainda, se “tudo se altera, se a única certeza é a incerteza, por que não adotar outras estratégias para se obter um resultado melhor na solução das demandas?” (2012, p. 22-23)

Como nas palavras de Érico Veríssimo (*O tempo e o vento*), “quando os ventos de mudança sopram, umas pessoas levantam barreiras, outras constroem moinhos

de vento”, uma nova face do acesso à justiça tem a chance de se mostrar através da apropriação dos métodos autocompositivos pela sociedade e pelo Poder Judiciário.

Há que se olhar por novas perspectivas.

Há que se ter força para mudar o rumo da crise.

Há que se retomar a humanidade da Justiça e a sua missão precípua da pacificação.

Há que insistir e renovar as esperanças em um Judiciário que caminhe, lado a lado, com os seus usuários e que se preocupe em ser algo mais do que uma linha de produção de decisões e sentenças.

BIBLIOGRAFIA

BACELLAR, Roberto Portugal. O Poder Judiciário e o Paradigma da Guerra na Solução dos Conflitos. In: PELUSO, A. C.; RICHIA, M. d. A. (Org.). *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*. Antonio Cezar Peluso, Morgana de Almeida Richia, coordenadores; Ada Pellegrini Grinover ...[et. al.], Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 31–37.

BRASIL. Exposição de motivos do CPC, Brasília/DF, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em 28 de abril de 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-emnumeros>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Pesquisa de satisfação e clima organizacional (usuários)*, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/gestao-planejamento-poderjudiciario/pesquisasatisfacao/usuarios_total_geral.pdf. Última verificação em 1º de maio de 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso a justiça. *Revista de Processo*, v. 19, n. 74, p. 82–97, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. *Guia das boas práticas: Mediação*, 2012. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/daed7939-e204-42e1-b623-a7b90e784078.pdf>. Acesso em 28 de abril de 2020.

CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação familiar: Limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

DITTRICH, Lalisa Froeder. *Validade dos acordos privados em disputas familiares transnacionais: A questão do reconhecimento e execução de acordos privados no âmbito das Convenções da Haia sobre Proteção de Crianças. Cooperação em Pauta*, Brasília: MJSP, v. 14, 2016. Disponível em: <<https://www.novo.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n14>>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2020.

FIALHO, Antonio José. O contributo da rede internacional de Juízes no âmbito dos procedimentos de mediação. In: Centro de Estudos Judiciários (Org.). *A mediação nos conflitos familiares transfronteiriços*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_MediacaoConflitosTrans.pdf>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020, p. 31–49.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os fundamentos da justiça conciliativa*. Porto Alegre: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, v. 9, n. 52, p. 71-76, 2008.

KAFKA, Franz. *O processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias. In: SALLES, C. A. d. (Org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito: Nota introdutória*. Revista dos Tribunais, v. 888, p. 9-36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NALINI, José Renato. *Ética para um judiciário transformador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

ROCHA, Vanessa Aufiero da. *Cartilha do Divórcio para os Pais*. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/f26a21b21f109485c159042b-5d99317e.pdf>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação: guia para usuários e profissionais*. Florianópolis: Juan Carlos Vezzulla; Dominguez & Dominguez, 2001.

WARAT, Luis Alberto; MEZZAROBBA, Orides. *Surfando na pororoca: O ofício mediador*. Florianópolis: Boiteux, 2004.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação. Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Ed., 2005.

WATANABE, Kazuo. *Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*, 2011. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf> Acesso em: 27 de março de 2018.

AS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM TEMPOS DE DISCUSSÃO SOBRE AS GARANTIAS PROCESSUAIS E OS DIREITOS HUMANOS

Carina Deolinda da Silva Lopes

Elenise Felzke Schonardie

RESUMO: O capítulo analisa as formas de resolução de conflitos num contexto de intensificação social de violação de direitos humanos e garantias fundamentais. Tem como hipótese a utilização das formas compositivas como viabilizadoras de uma cultura de paz. O objetivo é apresentar a mediação, a conciliação e a arbitragem como uma das possibilidades de entendimento e concretização dos direitos humanos. Inicia com a análise teórico conceitual das formas resolutivas de conflitos. Na sequência, apresenta argumentos estruturais da crise jurisdicional, do acesso à justiça e do caso 12.428 apreciado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O método de abordagem é o hipotético dedutivo, procedimento bibliográfico, e interpretação jurídica e sociológica. Conclui que as formas alternativas de resolução de conflitos contribuem para a disseminação de uma cultura de paz, respeito e concretização dos direitos humanos e das garantias processuais fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: Arbitragem. Conciliação. Cultura de Paz. Direitos Humanos. Mediação.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Análise entre mediação, conciliação e arbitragem: como categorias teóricas para construção de uma possível cultura de paz; 3. A concretização dos direitos humanos e o caso 12.428 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos em um tempo em que os litígios são praticamente a base social do ser humano, não ligamos um rádio, uma televisão ou até mesmo não acessamos as redes virtuais, sem que fiquemos informados de algum litígio ou controvérsia que está ocorrendo em nosso meio, desde o âmbito local, entre particulares, até em nível global, com reflexos a toda humanidade. Os conflitos sociais e particulares, assim como a intensificação de demandas judiciais acentuaram-se de forma demasiada em nossa sociedade entre o final da década de 1990 até meados da década de 2010.

O texto que construímos busca analisar a questão do papel das formas de resolução de conflitos em tempos em que são criadas, propositadamente, dúvidas sobre a pertinência de algumas das garantias processuais e dos Direitos Humanos. A hipótese

central assenta-se na utilização das formas compositivas de conflitos como viabilizadoras de uma cultura de paz diante da afronta aos direitos humanos e as garantias processuais fundamentais.

O objetivo é apresentar a mediação, conciliação e arbitragem como possibilidades de entendimento para a concretização dos direitos humanos. Para tanto, contemplamos a análise do caso emblemático, levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, número 12.428, sobre os empregados mortos na explosão da fábrica clandestina de fogos de artifício de Santo Antônio de Jesus e seus familiares, fato esse ocorrido no Brasil no ano de 1998, na busca por resultados que possibilitem alternativas construtivas para a efetivação dos direitos humanos, tão afrontados nos últimos tempos. A pesquisa teórica observou como método de abordagem o hipotético dedutivo, por meio do procedimento bibliográfico, com interpretação jurídico sociológico, para uma melhor compreensão das categorias e do caso concreto trazido para exame.

Sendo assim, observamos dentro deste texto as formas de resolução de conflitos para além daquela conhecida pelo poder da jurisdição constituído pelo Estado-juiz e que fornece as partes uma decisão que nem sempre é a mais efetiva. E, por muitas vezes, com sérios problemas de concretização pela demora ou pela falta de instrumentos para seu cumprimento.

Inicialmente, apresentamos as categorias teóricas das formas de composição de conflitos: a mediação, a conciliação e a arbitragem. Em um segundo momento, efetuamos uma análise do caso levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, no intuito de proporcionar melhor entendimento sobre decisões desse porte e a verificação da possibilidade de implementar outro viés a concretização da garantia dos Direitos Humanos.

2. ANÁLISE ENTRE MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM: COMO CATEGORIAS TEÓRICAS PARA CONSTRUÇÃO DE UMA POSSÍVEL CULTURA DE PAZ

Em tempos de intensificação de conflitos e hiperdensidade de demandas levadas ao conhecimento do Estado-juiz, é necessário pensarmos em alternativas que possam contribuir para a redução das tensões sociais e pacificação dos conflitos. Nesse sentido, já em meados da década de 1990, Luiz Alberto Warat (1995), concentra seus esforços teóricos no exame da mediação como possibilidade de redução e pacificação dos conflitos sociais.

A mediação não é algo novo no meio social, apenas está sendo colocada, novamente, em voga, em especial no Direito Processual de “Uma forma que compatibilize como a sociedade atual formas de pacificação de conflitos afinal as linguagens não se

esgotam nas informações transmitidas, pois elas engendram uma série de ressonância significativas em normalizadoras das práticas sociais.” (WARAT, 1995, p. 15).

Para outros autores como Stella Breitman e Alice Costa Porto (2001, p. 51) “Repita a mediação é uma alternativa nova muito embora este modo de administrar conflitos sempre tem existido.” Porém, mais do que uma técnica, a mediação nos faz pensar nas limitações dos recursos de que se dispõe em relação ao que ocorre com os indivíduos em seus momentos de crise (em uma sociedade forjada ao longo da história a partir de violências estruturais, que atualmente, fazem do conflito a regra e não a exceção).

Dessa forma, a mediação, independente da época e do ano, sempre será um tema do qual muitas áreas do conhecimento e de atuação se interessam, aqui em especial, a área do direito. Tal interesse ocorre porque a mediação procura desarmar a cultura do litígio, objeto principal das demandas sociais e judiciais e, por si, do direito. Isto porque, nesses processos conflitivos de relação de poder, vida das pessoas envolvidas é profundamente afetada.

Sobre a mediação Fabiana Marion Spengler, comenta:

A mediação difere das práticas tradicionais de jurisdição justamente por que o seu local de trabalho é a sociedade sendo a sua base de operações do pluralismo de valores, a presença dos sistemas de vida diversos e alternativos; sua finalidade consiste em reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços sociais destruídos. O seu desafio mais importante é aceitar a diferença é a diversidade o dissenso e a desordem por eles gerados. Sua principal ambição não consiste em propor novos valores, mas em restabelecer a comunicação entre aqueles que cada um traz consigo. (2016, p. 174).

O incentivo no processo de mediação conduz os litigantes para uma cultura de compromisso de participação, não havendo vencedor nem vencido, pois a negociação estabelecida entre as partes assegura a vitória de ambos onde todos saem ganhando. Diferente do processo litigioso ou judicial, onde existe um ganhador e um perdedor, bem como, uma sentença proferida pelo juiz que nem sempre é efetiva as necessidades de quem ganha a demanda.

Em nossa sociedade enfrentamos ainda muitos empecilhos em relação a essa noção de ganho duplo, uma vez que, a cultura do litígio se sobrepõem e está imbricada à ideia de poder e de ostentação, em especial a partir do momento que alguém alcança a posição de vencedor de um litígio. E, é essa cultura do litígio, impelida por uma consciência impregnada de vaidade que procuramos trabalhar, para assim contribuir com as informações necessárias a fim de oportunizar o crescimento de sentimentos, como a solidariedade, o amor, que tanto foi dado ênfase por Warat.

Além do mais, para Warat (2004, p. 62) a mediação é observar a questão de tratamento dos conflitos, através do amor. O amor como ativo construtor do mundo e fundamental a mediação e transformação dos conflitos. No âmbito da mediação não se

pode haver disputas, uma vez que, as partes devem impor seus sentimentos sem argumentos, pois “argumentar é uma lógica guerreira” (WARAT, 2004, p.17).

Sendo assim, a mediação é vista como um método não adversarial de conflitos, se propondo num intuito de fomentar a autonomia das partes envolvidas no embate, valorizando que eles possam, de forma própria, tratar sua demanda por meio de diálogo e do entendimento. Para Warat (2001, p. 82) o conflito deve funcionar como inclusão do outro na produção do novo, conflito como outriedade que permita administrar, com outro diferente para produzir a diferença.

Na mediação o processo de busca de resolução de problemas litigiosos, se dá através do mediador que é um terceiro alheio ao conflito que “deve usar toda a sua sabedoria para conseguir deixar o problema fervendo, sem deixar as partes mornas, será inútil o trabalho, pois elas ficarão novamente frias” (WARAT, 2004, p.25). Esse terceiro, alheio ao conflito, e que se propõe a levar as partes a encontrarem uma possível solução ao caso, adquire uma posição fundamental no procedimento.

Nesse sentido,

[...] a mediação seria não só uma nova profissão, uma técnica jurídica de resolução não adversarial de disputas, mas também uma estratégia educativa, enquanto realização de uma política para a cidadania, para os Direitos humanos e a democracia.

[...] o mediador não decide; unicamente ajuda à reconstrução simbólica que permitirá uma eventual resolução (WARAT, 1998, p. 7- 9).

A mediação auxilia a construção da atuação cidadã dos envolvidos no conflito, uma vez que, propicia um local para o aprendizado da escuta do outro, da possibilidade de exposição dos sentimentos dos intrincados em relação ao ocorrido e possibilita a construção conjunta de uma alternativa na qual os sujeitos sentem-se. Assim, haveria probabilidade real de resolução e pacificação dos conflitos.

Para Francisco José Cahali (2012, p. 57) “a mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza auto compositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua, de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito”.

Observamos que dentre os dois conceitos apresentados há uma sutil e importante distinção: nas palavras de Warat (1998) compreende-se a mediação como algo claro que parte da subjetividade das partes envolvidas no conflito e que, sem a efervescência das reais situações que emergem no conflito aparente, não há uma efetiva resolução do mesmo; já Cahali (2012) apresenta um conceito mais técnico e objetivo de dar as partes o direito de fala e de resolução do problema.

José Cretella Neto (2004, p. 3) vislumbra que a mediação evidencia em um primeiro passo, colocar as partes “frente a frente”, e, em um segundo ponto “o media-

dor propõe as bases para o desenvolvimento das negociações e intervém durante todo o processo, com o objetivo de concitar as partes a aproximar seus pontos de vista sem, contudo, impor uma solução”.

A mediação passou a ser adotada e observada pelo poder judiciário até mesmo anteriormente ao Código de Processo Civil de 2015, mas é nesse diploma legal atual, que encontramos desde as disposições iniciais a importância que o Judiciário passou a dar e aplicar dentro das lides que chegam ao seu alcance. A mediação passou a ser utilizada pelo Judiciário principalmente como forma de amenizar os conflitos sociais e de alguma forma proporcionar as partes a conscientização a respeito da pacificação dos conflitos e utilização consciente do poder.

Para o Conselho Nacional de Justiça – CNJ o conceito de mediação apresenta-se da seguinte forma:

A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades. (CNJ, 2015).

Neste sentido, a mediação é um procedimento para buscar a solução dos conflitos, por meio voluntário, onde às partes através do diálogo, entendimento e solidariedade tenham condições de tratar o problema e cheguem a um acordo. Porém, este não chega a ser obrigatório, para que haja o registro do ocorrido e tratado em Ata.

Muitos advogados pensam estar fazendo mediação quando realizam, por exemplo acordos consensuais. Na realidade a mediação têm objetivos semelhantes, porém, mediação é muito mais questionadora. O acordo consensual é criado pelos advogados, já um acordo mediado é construído pelas partes. (BREITMAN; PORTO, 2001, p. 21).

Assim explicam Britam e Porto (2001), que a mediação é um processo de gestão de conflitos, no qual as pessoas envolvidas são auxiliados por um terceiro imparcial, um mediador, na eliminação de adversidades através do esclarecimento das áreas de maior dificuldade, o que proporcionará as partes uma discussão produtiva, podendo chegar a construir um acordo de benefício mútuo. Mas são as partes envolvidas que constroem um acordo no qual os benefícios são recíprocos.

Dessa forma, verifica-se que o Estado também se preocupa qual a resolução dos conflitos sociais através de formas pacíficas como a mediação, uma vez que, a própria jurisdição também ganha com a utilização dessa forma alternativa, diminuindo assim os conflitos que desaguam em seu âmbito decisão. A exemplo disso aludimos uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em recurso especial do Estado do Ceará a respeito de conflito de terras, onde verificamos a preocupação com a resolução dos

conflitos de forma pacífica, dando ênfase à mediação. Nesse sentido, a decisão proferida em 01 de fevereiro de 2019:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.783.526 - CE (2018/0318805-0). RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. REQUERENTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. REQUERIDO: DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS. INTERESSADO: FEDERACAO DAS ASSOCIACOES DO PERIMETRO IRRIGADO JAGUARIBE APODI. ADVOGADO: RAPHAELA BARROS GADELHA - CE022427. INTERESSADO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DECISÃO: 1. Cuida-se de pedido de concessão de tutela de urgência formulado pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, objetivando a suspensão da ordem de imissão de posse prolatada nos autos da ação de reintegração de posse nº 08000.5325.2014.405.8101, em curso na 15ª Vara federal do Ceará, até o trânsito em julgado do acórdão de mérito no recurso especial em tramite nesta Corte Superior. Relata a requerente que o caso em tela trata de “conflito agrário que envolve a reintegração de posse de área às margens do perímetro irrigado do Projeto de Irrigação Jaguaribe Apodi, de propriedade da União, regulado o uso pelo Departamento Nacional de Obras Contra a Seca (DNOCS), no município de Limoeiro do Norte/CE, na qual vivem aproximadamente 200 famílias que ocupam a região que congrega pequenos produtores rurais e ex-irrigantes” (fl. 459). Argumenta que após muitos anos de ocupação da área, o DNOCS, com vistas a regularizar a situação dos posseiros, celebrou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), em 2010, no âmbito da Ação Civil Pública manejada pelo Parquet federal, com ação em andamento sob o nº 0005095- 16.1999.4.05.8101 na 15ª Vara Federal da JF/CE. (...). 4.2. Ademais, é fato que o novo Código de Processo Civil, seguindo a tendência preconizada pelo denominado Movimento de Acesso à Justiça, iniciado no limiar do século XX, reforça a presença dos métodos adequados de resolução de conflitos como forma de superação dos obstáculos que impedem os cidadãos de obterem a adequada e tempestiva prestação jurisdicional. Daí a previsão dos §§ 1º e 2º, do art. 3º do CPC/2015, (...). Nesse diapasão, *importa consignar que a ora requerente, em petição protocolada em 18/12/2018, relata que providências no sentido de se obter uma solução autocompositiva estão sendo tomadas, inclusive com a participação da Ouvidoria Estadual de Direitos Humanos, órgão vinculado à Coordenadoria Especial de Políticas Públicas dos Direitos Humanos (COPDH) do Gabinete do Governador do Estado do Ceará. É o que se depreende do Ofício n. 30/2018 - EDH/COPDH/GabGov enviado pelo Ouvidor Especial de Direitos Humanos à Defensoria Pública da União (...).* 7. Antes o exposto, preenchidos os requisitos legais, defiro o pedido de tutela de urgência, em caráter liminar, para suspender a ordem de imissão de posse contida nos autos do processo da ação de reintegração de posse de nº 08000.5325.2014.405.8101, em curso. (Grifo nosso)⁶⁸²

Do julgado acima citado verificamos que em várias das orações do relator Ministro Luis Felipe Salomão que existe a preocupação de embasar sua posição com os artigos da lei que assim dispõem, pelo atual Código de processo Civil, a ênfase na justificava da importância da resolução pacífica dos conflitos, e a conexão com a efetividade da

682 STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.783.526 - CE (2018/0318805-0). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ: 17/12/2018.

concertação dos Direitos Humanos. Também, podemos observar dos trechos descritos da decisão que, além da relevância dada para as formas resolutivas de conflitos, a posição do Supremo Tribunal de Justiça – STJ – é no sentido de evidenciar tais formas correlacionadas à importância da preservação e concretização dos Direitos Humanos.

Desta forma, a mediação como uma das principais forma resolutivas de conflitos, funciona pela transformação a partir do diálogo e da comunicação, conforme se verifica dos informativos que foram observados para a sustentação da decisão colacionada acima, buscando:

Resgatar a delicadeza da relação fragilizada pelo conflito restabelecendo os seus laços se conduzindo à sua própria redenção. Tem um caráter transdisciplinar, reconfigurando o próprio direito e se alojando na discussão de uma perspectiva abstrata em normativa em busca de estabilidade, mas no centro das relações, as quais decorrem elementos irracionais subjetivos, emotivo ocupando a sensibilidade como ordem do dia. Portanto, configura-se em uma forma de interagir como as pessoas em conflito, razão pela qual exige uma reflexão em uma postura ética, comunicação ativa e participativa fazendo com que seus partícipes, antes coadjuvantes, sejam protagonistas no palco de suas vidas. A mediação somente se realiza com o terceiro catalisador do conflito, comprometido com a pacificação social e a busca consensual da resposta do conflito por meio do diálogo das partes. (GIMENEZ, 2018, p. 51).

De tal modo, a mediação vem sendo reconhecida como capaz de fazer bem mais do que apenas criar acordos e melhorar ações em Direitos Humanos, uma vez que, ela é capaz de equipar as partes com o maior senso de eficácia pessoal ou seja auto estima e uma maior aceitação da pessoa sentada do outro lado da mesa, ou seja, o reconhecimento do outro. Mesmo que ao final não haja um acordo ou reconciliação, as pessoas que passam pela mediação, acusam um crescimento moral, um autoconhecimento e um reconhecimento do outro; em outras palavras, a semente foi plantada para uma cultura de paz.

A mediação surge como uma forma de atender os anseios das pessoas ou entidades envolvidas num determinado problema, independentemente da área de atuação. Nesta perspectiva, multi, inter ou transdisciplinar, de possíveis resoluções pela mediação, encontram-se, também, os problemas e conflitos de natureza socioambientais. No entanto, estes não são objeto do estudo em questão.

A conciliação é outra forma resolutiva de conflito, porém mais usual dentro do âmbito jurídico na labuta diária do exercício, principalmente, da advocacia. Neste âmbito de transação, assistido entre duas ou mais partes, na qual uma terceira pessoa – o conciliador – intervém de vários modos com o objetivo de ajudar as partes a chegarem a um acordo, sendo usado alternativamente, quando não é possível a mediação.

Embora alguns autores (KEPPEN; MARTINS, 2009, p. 91) mencionam que não há uma distinção bem clara entre mediação e conciliação, observa-se que na me-

diacção existe um terceiro imparcial que ajuda as partes construírem um pensamento de superação dos conflitos, diferente da conciliação em que a pessoa do conciliador oferece diferentes oportunidades a ideias para que as partes envolvidas escolham a que melhor lhe agrada e, assim, se utilizem da negociação para atingir os seus interesses e perder o menos possível.

A prática da conciliação, no âmbito jurisdicional, já vem sendo observada desde 1995, com a implementação dos Juizados Especiais Cíveis, por meio da lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 e; também, com a obrigatoriedade de realização de audiências de conciliação nos processos de natureza extra penal, artigo 334 do CPC introduzido pela lei 13.105/15. Do mesmo modo, é oportuno apresentar a jurisprudência do STJ, no sentido de evidenciar que a ideia da conciliação, vem sendo estimulada por esta Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO. CONVOCAÇÃO DE CANDIDATOS. ACORDO EXTRAJUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS. I - Trata-se de embargos de declaração em que a parte embargante suscita a existência de omissão quanto à apreciação do pedido de homologação de acordo extrajudicial realizado entre as partes e juntado às fls. 1.017-1.020. II - Na origem, trata-se de ação civil pública promovida pela Defensoria Pública. Alega-se, em síntese, que o município demandado anulou, de forma indevida, o concurso público realizado em 2012 (Edital n. 1/2012). Na sentença, julgou-se parcialmente procedente o pedido para decretar a nulidade do decreto que anulou o concurso restabelecendo os efeitos do decreto que homologou o resultado do concurso e determinando a nomeação dos aprovados e a exoneração de servidores não concursados. III - No Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, a sentença foi reformada para julgar totalmente improcedente o pedido da parte autora. Negou-se seguimento ao recurso especial. Nesta Corte não se conheceu do agravo em recurso especial. *A petição de acordo foi juntada aos autos antes do julgamento dos embargos de declaração por esta Segunda Turma, razão pela qual é de rigor a sua apreciação.* IV - [...]. V - *O Código de Processo Civil de 2015 dispensou especial tratamento, pelo Poder Judiciário, da solução consensual de conflitos. Nesta medida, determina o art. 3º, § 3º, do Código, que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.* VI - Assim, deve ser homologada a transação para que gere os efeitos previstos no art. 487, III, b, do CPC/2015. VII - *Embargos de declaração acolhidos para sanar a omissão e considerar homologado o acordo juntado com a petição de fls. 1.017-1.020.* (Grifo nosso)⁶⁸³

Assim, observamos os esforços do STJ em garantir o fomento e a disseminação das formas da resolução de litígios, por meio das alternativas como a conciliação. De um modo geral, podemos afirmar que as conciliações têm se mostrado como uma ma-

683 STJ. EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 1345423/AL. Relator Ministro Francisco Falcão. Segunda Turma, DJ: 15/08/2019.

neira célere de finalização de processos judiciais; embora, nem sempre tudo o que é acordado entre as partes acaba por ser cumprido por elas.

No que tange a arbitragem, como forma de resolução de conflitos, seu conceito significa decisão por árbitro equidistante entre as partes, mas desprovido de poder estatal e não integrante do quadro dos agentes públicos jurisdicionais (TEIXEIRA, 1996, p. 6). Neste caso, o da arbitragem, temos uma legislação específica que nos oferece os procedimentos a serem seguidos.

A arbitragem está prevista na lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, sendo que, assim como a mediação e a conciliação é necessário um mínimo de entendimento entre as partes atingidas pela questão para que ocorra a confiança na escolha do árbitro e aceitação dos procedimentos arbitrais. A arbitragem chega a ser um método heterocompositivo, uma vez que:

A arbitragem é um meio pelo qual o Estado em vez de interferir diretamente nos conflitos de interesses, solucionando-os com a força de sua autoridade, permite que uma terceira pessoa o faça, segundo determinado procedimento e observado um mínimo de regras legais, mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença judicial. Assim, as partes ao fazerem a opção pela justiça arbitral afastam a jurisdição estatal substituindo-a por outra estratégia de tratamento de conflitos, reconhecida e regulada pelo Estado de modo que permite a execução das decisões ali proferidas bem como a anular das decisões que não observarem um mínimo de regras exigidas pelo legislador. (SPENGLER; MORAIS, 2008, p. 177).

De tal modo, a arbitragem é concretizada através da escolha de um terceiro parcial que auxilia, adotando um posicionamento, diante do caso que lhe é passado, para que seja então, acolhido, aceito e colocado em cumprimento pelas partes que em algum momento, por cláusula contratual ou não, optaram por tal forma alternativa de resolução de conflitos. Cabe salientar aqui que não se trata de ultrapassar o poder do estado juiz, mas de possibilitar outras formas de garantir maior efetividade aos conflitos que surgem em decorrência das mais diversas atividades realizadas em sociedade.

Aqui podemos perceber mais de perto a questão de problemas ligados as diversas ordens jurídicas mundiais, onde a arbitragem é bastante conhecida, como a *lex mercatoria*. Nesse sentido, a *lex mercatoria* não compete com a lei do Estado, nem constitui um direito supranacional que derroga o direito nacional, mas é um direito adotado, sobretudo, na arbitragem comercial internacional ou outra forma de resolução de controvérsias, *ad latere* do sistema estatal. Este é o sentido e a amplitude da chamada *lex mercatoria*. (PIRES; ARAÚJO, p. 3101).

A respeito da arbitragem tradicional temos que é um método de resolução de conflitos que se assemelha à decisão judicial. Consiste na apresentação do conflito a um ou mais indivíduos imparciais para que uma decisão final e vinculante seja adjudicada.

A terceira parte, independente, avalia as evidências apresentadas pelas partes e profere uma decisão vinculante. Normalmente, essa decisão terá base na lei, a não ser que as partes tenham concordado que o árbitro desempenhe o papel de um componente amistoso. (MOENS; GILLIES, 1998, p. 731).

A arbitragem possui um contorno voluntário onde as partes submetem o conflito existente para uma terceira pessoa que irá tomar uma decisão a ser acatada. Sendo então, a arbitragem um modo de substituir os procedimentos judiciais formais, por vezes mais célere, mas diferentemente da mediação e da conciliação não há nenhuma participação efetiva e compositiva das partes em litígio, apenas no quesito concordância com o procedimento escolhido.

Existe, ainda, uma diferenciação entre o laudo arbitral internacional proferido no Brasil e um laudo arbitral proferido em outro Estado. O primeiro é considerado como sentença nacional e por isso possui força executiva independente de homologação; ao passo que, o laudo decorrente de arbitragem realizada fora do território brasileiro é qualificado como sentença estrangeira, necessitando, portanto, de homologação do STJ para que adquira força executiva no território nacional. (PIRES; ARAÚJO, p. 3108).

Portanto, verificamos que entre as formas de resolução de conflitos temos a mediação, a conciliação e a arbitragem como possibilidades de compor os conflitos sem ter a sentença judicial como norteadora da concretização do direito das partes, pois, a vontade que prevalece nos procedimentos citados é construída direta ou indiretamente pelos envolvidos no conflito. Porém, muito do que é escrito sobre os procedimentos de resolução consensual de conflitos depende das partes envolvidas e da sua voluntariedade em se dispor a dialogar e se permitir a construir uma solução que satisfaça a todos, que ao realizar-se favorece a construção de uma cultura de paz e contribui para o descongestionamento do Poder Judiciário.

Desde o advento da publicação do novo Código de Processo Civil em 2015, o tema das formas de resolução de conflitos, vêm sendo abordada e aplicada cada dia com mais ênfase, na busca de resolução de conflitos e do desafogamento processual do Poder Judiciário através de assistências jurídicas de universidades, por exemplo, e, também, do projeto dos CEJUSC dos Tribunais de Justiça, e demais órgãos administrativos e judiciais que fomentam a busca pelo entendimento.

No entanto, destacamos que a mediação deve ser compreendida como um estar no meio entre dois polos diferentes, ela compreende atividades de ligar dois termos distantes, mas que se conectam entre si; na mediação você volta ao ato de religar aquilo que está desconexo justamente pelo fato de que compartilham exatamente o objeto da lide.

Lembrando Warat (2004, p. 86), sociedade é feita de vínculos e estes vínculos se conectam com os seus diferentes agentes e a mediação vem com uma concepção eco-

lógica do direito, como um modo particular de terapia que abre na agenda uma nova visão tanto de cidadania, quanto de direitos humanos e de democracia.

3. A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O CASO 12.428 DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O modelo jurisdicional brasileiro está em crise. Isso é perceptível, por exemplo, pelo alto nível de judicialização que ocorre no país; as mais diversas questões, com conflitos de variados níveis de complexidades, são levados ao Poder decisório, para que o mesmo dê uma resolução. É a cultura do conflito que não pode ser confundida com o direito humano de acesso à justiça⁶⁸⁴.

Segundo Lênio Streck (1999) instalou-se uma crise no modo de produção do direito pátrio, isto porque, tal direito não satisfaz as demandas transindividuais típicas da sociedade que se apresenta para além da modernidade.

A crise do modelo (modo de produção do Direito) se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos [...]. Esta é a crise de modelo (ou modo de produção) de Direito dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina (STRECK, 1999, p. 34).

O acesso à justiça deve ser entendido como garantia de acesso à ordem jurídica justa, sem entraves e delongas, garantia de acesso a uma máquina apta a proporcionar resolução do conflito trazido, com rapidez e segurança, o que nem de longe se limita ao ingresso apenas ao Poder Judiciário (WATANABE, 1988, p. 128). Daí a afirmação de Mauro Cappelletti (2014, p. 90) de que há situações em que a justiça conciliatória (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de ‘segunda classe’ são melhores qualitativamente do que os resultados do processo contencioso. No caso dos processos contenciosos brasileiros, em regra, o prolongamento excessivo no tempo tem se mostrado como verdadeiro óbice a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – sistema global – foi reafirmada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, dando origem a Convenção Americana de Direito Humanos – sistema regional interamericano – também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que observa a todos os seres humanos os direitos

684 Sobre o direito de acesso à justiça, em um contexto de reivindicação e efetivação de direitos humanos sugerimos a leitura do texto “*Os Direitos Humanos e o Acesso à Justiça: uma análise histórico-conceitual de um direito fundamental para a convivência pacífica*”, de Gilmar Antonio Bedin e Elenise Felzke Schonardie, In Revista Direito em Debate, v. 27 n. 50, 2018, p.75-86.

Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/8050>

e garantias fundamentais. Este importante instrumento internacional reconhece que “os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ela ser nacional de determinado Estado, mas sim o fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana”. (PIOVESAN, 2004, p. 405)

Precisamos lembrar que os direitos humanos devem operar em defesa dos seres humanos que estão em uma posição de vulnerabilidade (social, econômica ou política) que dificulte ou os impeça de ver assegurados o respeito dos direitos humanos essenciais. Desse modo, os direitos humanos declarados pela Convenção Americana de Direitos Humanos irão atuar nas relações entre desiguais, procurando diminuir os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Dentre esses, podemos destacar os artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos que versam sobre as garantias judiciais, uma vez que são pertinentes a efetividade e resolução dos conflitos.

A respeito da busca pela efetivação e concretização dos Direitos Humanos, levando em consideração casos concretos apreciados pelo sistema regional interamericano de proteção de Direitos Humanos, citamos o caso 12.428⁶⁸⁵ da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que ocorreu em 3 de dezembro de 2001, através de uma denúncia apresentada à Comissão pelo Centro de Justiça Global, pelo Movimento 11 de Dezembro, pela Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) da Subseção de Salvador, por meio do Fórum de Direitos Humanos de Santo Antônio de Jesus/Bahia, bem como por Ailton José dos Santos, Yulo Oiticica Pereira e Nelson Portela Pellegrino, sendo esses as partes peticionárias, na qual foi alegada a responsabilidade internacional do Brasil em decorrência de violações de direitos humanos em detrimento de setenta pessoas e seus familiares.

Na petição denunciativa a parte peticionária relatou que, em 11 de dezembro de 1998, ocorreu uma explosão de uma fábrica de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus, no estado da Bahia, que deixou sessenta e quatro pessoas mortas e seis gravemente feridas. A peça inicial salientou que a fábrica funcionava clandestinamente, guardava material proibido e operava sem as condições mínimas de segurança. Ainda, ressaltou-se na denúncia que após a tragédia, interpuuseram-se ações penais, civis e trabalhistas, que foram ineficazes.

O Estado brasileiro em sua defesa ressaltou que não houve omissão ou negligência em sua atuação, uma vez que, a explosão da fábrica foi responsabilidade de particulares, sem envolvimento de agentes estatais, salientou, ainda, que foram adotadas as medidas necessárias para a reparação dos prejuízos causados às vítimas e suas famílias, além da condução de processos penais, trabalhistas e civis para a solução de todas as pretensões jurídicas da parte requerente/denunciante.

685 Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares, Brasil, Relatório nº 25/18, Caso 12.428, Admissibilidade e Mérito, 2 de março de 2018.

Também, na defesa, o Brasil acrescentou que vem buscando mudar as condições desfavoráveis de vida dos habitantes da região atingida. Principalmente, daqueles que trabalham informalmente em fábricas de fogos de artifício, bem como, o Estado tem buscado coibir a existência de estabelecimentos clandestinos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos na conclusão do Relatório nº 25/18, referente ao caso 12.428 – Informe de Admissibilidade e Mérito, posicionou-se acerca da responsabilização do Brasil pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal, em relação ao dever de especial proteção da infância, do direito ao trabalho, à igualdade e à não discriminação, às garantias judiciais e à proteção judicial, estabelecidos nos artigos 4.1, 5.1, 19, 24, 26, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana⁶⁸⁶, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2º do mesmo instrumento.

O juízo de admissibilidade referente ao prazo de apresentação do caso foi positivo, diante da demora de prosseguimento em âmbito interno das medidas cabíveis em matéria de responsabilização dos envolvidos nas esferas penal, civil, trabalhista e administrativa. Nesse sentido:

32. A petição foi recebida em 3 de dezembro de 2001, três anos depois da explosão da fábrica. A Comissão observa que o processo administrativo e a investigação penal tiveram início em 11 de dezembro de 1998, e que a primeira ação civil, contra Osvaldo Prazeres Bastos, Mário Fróes Prazeres Bastos e Maria Juelieta Fróes Bastos, foi instaurada em 9 de janeiro de 1999. Segundo as informações disponíveis, até a data da aprovação deste relatório, o processo penal continua sem solução. A Comissão considera que a petição foi apresentada em prazo razoável, e que se deve dar por atendido o requisito de admissibilidade referente ao prazo de apresentação.⁶⁸⁷

Na esfera criminal foram acusados Mário Fróes Prazeres Bastos, Osvaldo Prazeres Bastos, Ana Cláudia Almeida Reis Bastos, Helenice Fróes Bastos Lírio, Adriana Fróes Bastos de Cerqueira, Berenice Prazeres Bastos da Silva, Elísio de Santana Brito e Raimundo da Conceição Alves, pelos crimes de homicídio doloso e tentativa de homicídio.

686 Artigo 4. Direito à vida: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. Artigo 5. Direito à integridade pessoal: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. Artigo 19. Direitos da criança: Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Artigo 24. Igualdade perante a lei: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. Artigo 26. Desenvolvimento progressivo: Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. Artigo 25. Proteção judicial: 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. Artigo 8. Garantias judiciais: 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

687 Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares, Brasil, Relatório nº 25/18, Caso 12.428, Admissibilidade e Mérito, 2 de março de 2018, p.7.

Na esfera civil, foram propostos dois processos de reparação de danos e indenização, o primeiro contra a União, contra o Estado da Bahia, contra a municipalidade de Santo Antônio de Jesus e contra Mário Fróes Prazeres Bastos; e o segundo contra Osvaldo Prazeres Bastos, Maria Juelieta Fróes Bastos e Mário Fróes Prazeres Bastos.

Foram propostos, ainda, processos trabalhistas contra Osvaldo Prazeres Bastos, Maria Juelieta Fróes Bastos e Mário Fróes Prazeres Bastos. Porém, interessante é que setenta e seis processos trabalhistas foram interpostos na Justiça do Trabalho de Santo Antônio de Jesus contra os reclamados e, desse total, trinta foram arquivados em definitivo de forma imediata e outros quarenta e seis foram declarados improcedentes no primeiro grau. No relatório, ficou destacado que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos possuía apenas uma cópia de uma sentença de primeira instância, fornecida pela mãe de uma das vítimas que falecera na explosão; nessa decisão de 29 de março de 2001, a Juíza do Trabalho de primeiro grau julgou a ação improcedente, não reconhecendo o vínculo trabalhista com nenhum dos demandados. Após alguns anos e muitos recursos ocorreu a reversão da decisão com o reconhecimento dos vínculos trabalhistas com Mário Fróes Prazeres Bastos e, parcialmente, o direito de várias das vítimas e seus familiares à indenização.

Tamanhas foram a tragédia e a falta de efetividade processual que, mesmo com ação e decisão de condenação em vínculos e reflexos trabalhistas, os processos foram arquivados de maneira provisória porque não foram encontrados bens do executado que pudessem garantir a execução. Ou seja, toda luta pelo reconhecimento de direitos restou por não produzir efeitos concretos no plano social e existencial dos atingidos que tiveram seus direitos violados.

No âmbito do setor administrativo do Exército brasileiro tramitou um processo administrativo instaurado pela 6ª Região Militar do Exército Brasileiro, o qual foi iniciado de ofício dois dias depois da explosão, em que foram confiscados produtos irregulares encontrados na fábrica, sendo que o Exército Brasileiro concluiu que a empresa funcionava sem as condições de segurança devidas.

A Comissão ressaltou a responsabilidade do Brasil em relação ao caso em tela destacando que:

É possível gerar responsabilidade internacional do Estado por atribuição a este de atos violatórios de direitos humanos cometidos por terceiros ou particulares, no âmbito das obrigações do Estado de garantir o respeito a esses direitos entre indivíduos [...] as obrigações *erga omnes* de respeitar e fazer respeitar as normas de proteção, a cargo dos Estados Partes na Convenção, projetam seus efeitos além da relação entre seus agentes e as pessoas submetidas a sua jurisdição, pois se manifestam também na obrigação positiva do Estado de adotar as medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos nas relações interindividuais”. Essas obrigações cabem a todos os sujeitos do Direito Internacional, e os casos de descumprimento deverão ser determinados em cada caso, em

função das necessidades de proteção, para cada caso em particular.⁶⁸⁸

Verificamos a partir do caso 12.428 que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos considerou provado que, em 11 de dezembro de 1998 ocorreu uma explosão em uma fábrica de fogos de artifício, na qual 64 pessoas morreram e seis ficaram feridas. Dentre essas pessoas, 22 eram crianças e adolescentes entre 11 e 17 anos.

A Comissão efetuou, também, a análise da falta de efetividade processual e garantias às partes que sofreram com o ato ilícito praticado pelos denunciados, salientando que:

A Comissão considera que o atraso na condução da investigação não pode ser justificado pela complexidade do assunto quando i) há individualização de possíveis autores; ii) consta a existência de testemunhas; e iii) existem possíveis linhas de investigação. Em todo caso, a fim de que um argumento de complexidade seja procedente, não é suficiente que os Estados invoquem, em termos genéricos, a complexidade de um assunto. É necessário que se apresente informação específica que vincule em cada caso a complexidade à demora.⁶⁸⁹

Destacamos a preocupação da Comissão com a celeridade dos atos processuais e da efetividade da entrega dos direitos dos atingidos. Em razão das considerações descritas no relatório, a Comissão concluiu que o Brasil violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial estabelecidos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, em relação às obrigações estabelecidas no artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento dos familiares das vítimas e das seis vítimas sobreviventes.

Ao final do relatório a Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu pelas seguintes recomendações ao Brasil:

1. Reparar integralmente as violações de direitos humanos declaradas no presente relatório, tanto no aspecto material como no imaterial. O Estado deverá adotar medidas de compensação econômica e satisfação do dano moral.
2. Disponibilizar as medidas de atenção em saúde física e mental necessárias às vítimas sobreviventes da explosão. Disponibilizar também as medidas de saúde mental necessárias aos familiares diretos das vítimas da explosão. Essas medidas serão implementadas, caso seja a vontade das vítimas, da maneira acordada com elas e seus representantes.
3. Investigar de maneira diligente, efetiva e num prazo razoável, com o objetivo de esclarecer os fatos de forma completa, identificar todas as possíveis responsabilidades e impor as sanções que sejam cabíveis a respeito das violações de direitos humanos declaradas no presente relatório. Essa recomendação inclui tanto as investigações penais como administrativas que sejam pertinentes, não só a respeito de pessoas vinculadas à fábrica de fogos, mas das autoridades estatais que descumpriram seus deveres de inspeção e fiscalização, nos termos dispostos no presente relatório.
4. Adotar as medidas necessárias para que as responsabilidades e reparações estabelecidas nos processos trabalhistas e civis respectivos sejam implementadas de maneira efetiva.
- 5.

688 Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares, Brasil, Relatório nº 25/18, Caso 12.428, Admissibilidade e Mérito, 2 de março de 2018, p.19.

689 Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares, Brasil, Relatório nº 25/18, Caso 12.428, Admissibilidade e Mérito, 2 de março de 2018, p.32.

Adotar as medidas legislativas, administrativas e de outra natureza, para evitar que no futuro ocorram fatos semelhantes. Em especial, o Estado deverá adotar todas as medidas necessárias e sustentáveis para oferecer possibilidades de trabalho na área, diferentes das analisadas neste caso. O Estado também deverá adotar todas as medidas necessárias para prevenir, erradicar e punir o trabalho infantil. Do mesmo modo, o Estado deverá fortalecer suas instituições para assegurar que cumpram devidamente sua obrigação de fiscalização e inspeção de empresas que realizam atividades de risco. Isso implica dispor de mecanismos adequados de responsabilização frente a autoridades que se omitam no cumprimento dessas obrigações.⁶⁹⁰

Dessas recomendações do parecer, para o caso 12.428, temos como primeiro a reparação integral das violações de direitos humanos declaradas no presente Relatório 25/18, tanto no aspecto material como no imaterial. O Estado brasileiro deverá adotar medidas de compensação econômica e satisfação do dano moral; mas a questão que fica em aberto é: como viabilizar tal situação? Uma vez que, o próprio parecer deixou claro não haver valores e bens para pagamento por parte apenas dos particulares envolvidos. Ao âmbito público restará pagar indenizações às pessoas vitimadas pelos fatos? Essa medida mostra-se pouco educadora, tanto para quem recebe pelo direito, quanto para quem deve observar o direito e, ainda, àqueles que devem proporcionar o direito.

Ao Estado brasileiro, de certa forma, seria muito mais compensatório e vantajoso ao invés de viabilizar os remédios aos episódios ocorridos, promover uma ação de trabalho preventivo de respeito aos direitos humanos. Sendo assim, as palavras da Comissão Interamericana deixariam de ser recomendação para tornarem-se aplicação diária no âmbito social e; dessa forma, o Estado brasileiro não seria mais atingido por reflexos da falta de responsabilidade, de conhecimento e de conscientização por parte da população em geral. Contudo, neste caso, ainda, poderíamos discorrer sobre a responsabilidade por omissão do estado, que não fiscalizou ou fiscalizou mal as atividades perigosas sujeitas ao controle por parte dos órgãos estatais que, acabam por violar direitos humanos da população atingida pela sua atuação ilícita e lesiva.

Dentre as recomendações da Comissão, mostra-se presente a ideia da necessidade de investigar de maneira diligente, efetiva e num prazo razoável, com o objetivo de esclarecer os fatos de forma completa. Isso compreende identificar todas as possíveis responsabilidades e impor as sanções que sejam cabíveis a respeito das violações de direitos humanos declaradas no referido relatório 25/18. Incluindo as investigações penais e administrativas que sejam pertinentes, não só a respeito de pessoas vinculadas à fábrica de fogos, mas, também, das autoridades estatais que atuam com desídia, descumpriram seus deveres de inspeção e fiscalização, nos termos dispostos no presente relatório.

690 Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares, Brasil, Relatório nº 25/18, Caso 12.428, Admissibilidade e Mérito, 2 de março de 2018, p.35-36.

Acreditamos que é imprescindível a averiguação e apuração de fatos que se mostram violadores aos direitos humanos. Entretanto, também, acreditamos que a sociedade (em especial, as comunidades atingidas por fatos como o da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seu familiares) deve ser amparada pela sociedade civil e pelos órgãos governamentais de que existem alternativas resolutórias de conflitos complexos, melhores do que a composição de litígios judiciais, evitando-se assim, os episódios fatídicos, que geram não apenas uma sensação de descaso por parte do Estado⁶⁹¹ (que deveria zelar pelas pessoas e seus cidadãos), mas, principalmente, um sentimento de impunidade (pois este gera mais violência).

Por fim, entre as considerações recomendadas pela Comissão está a de passar ao Estado brasileiro o dever de adotar todas as medidas necessárias para prevenir, erradicar e punir o trabalho infantil, bem como, fortalecer suas instituições para assegurar que cumpram devidamente sua obrigação de fiscalização e inspeção de empresas que realizam atividades de risco. E, ainda, dispor de mecanismos adequados de responsabilização frente a autoridades que se omitam ou procrastinem no cumprimento de suas obrigações.

Desse modo, entendemos que é de suma importância legislar, fiscalizar e responsabilizar entidades, órgãos e pessoas a respeito de suas ações ilícitas (as regras para convivência social são necessárias e bem ser claras e certas). Mas, acreditamos que, a partir do momento em que possibilitarmos o desenvolvimento de uma cultura pautada na importância da observância das regras voltadas ao bem comum, na difusão de uma cultura de responsabilidade e solidariedade social, estaremos trabalhando para a disseminação de uma cultura de paz. E, também, cabe-nos destacar a relevância social dos instrumentos alternativos, como a conciliação, a mediação e até mesmo a arbitragem, para a resolução de conflitos, pois enquanto sociedade iremos apresentar formas de crescimento e ganho comum, na busca pela efetividade e proteção dos Direitos Humanos.

4. CONCLUSÃO

Ao apresentamos as formas alternativas de resolução de conflitos, em tempos de discussão sobre as garantias processuais e os direitos humanos, o intuito foi o de demonstrar outras possibilidades que pudessem colaborar para a construção de uma nova cultura de paz e concretização dos direitos humanos. Nossa proposição ganha força na medida em observamos o esgotamento da cultura do conflito, da crise do sistema jurisdicional com o abarrotamento de demandas e conflitos jurisdicionalizados, bem como, a inefetividade da tutela jurídica buscada em juízo (na grande maioria dos casos).

691 Segundo notícia veiculado no site G1, Bahia, “*Parentes de vítimas de explosão de fábrica clandestina que matou 64 pessoas na BA há 20 anos realizam protestos; ninguém foi preso até hoje [...] O caso ocorreu em 11 de dezembro de 1998, em fábrica clandestina de fogos de artifício de Santo Antônio de Jesus. Cinco pessoas foram condenadas, mas nunca cumpriram pena. [...]*”. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2018/12/11/parentes-de-vitimas-de-explosao-de-fabrica-clandestina-que-matou-64-pessoas-na-ba-ha-20-anos-realizam-protesto-ninguem-foi-presos-ate-hoje.ghtml>

Inicialmente, efetuamos a abordagem sobre a modalidade de resolução de conflitos denominada mediação, que busca uma composição entre as pessoas em litígio a partir da construção de um diálogo comum e uma solução advinda dos próprios sujeitos envolvidos no conflito. A mediação conduz os litigantes para uma cultura de compromisso de participação, não havendo ganhador nem perdedor, pois a negociação entre as partes assegura a vitória de ambos, o que se diferencia do processo judicial onde existe aquele que ganha e aquele que perde, bem como, uma sentença proferida pelo juiz que nem sempre é efetiva às necessidades até mesmo de quem ganha.

Também, verificamos a análise conceitual da conciliação, como forma mais usual, entre as partes e seus procuradores, de resolução de conflitos. Aliás, o próprio Estado-juiz passou a fomentar tal iniciativa desde o ano de 1995, com a entrada em vigor da Lei nº 9.099, que estabeleceu a tentativa de conciliação como uma fase (inicial) obrigatória a ser oportunizada para as partes em litígio. Procuramos corroborar que a jurisprudência do STJ e a própria legislação processual civil tem promovido a utilização das formas conciliativas de entendimento. Na sequência, expomos a arbitragem, modelo de composição de conflito, no qual é trabalhando a ideia de uma escolha comum entre as partes para eleição de um terceiro imparcial que seria o árbitro; bem como, a diferenciação entre a arbitragem comum e a arbitragem comercial.

No que se refere a Convenção Americana de Direitos Humanos, que no ano de 2019 completou 50 anos de existência, entendemos ser um instrumento internacional de grande importância para a consolidação dos direitos humanos no continente americano. Em especial, porque requer um quadro de instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, como anunciado em seu preâmbulo.

A análise dos direitos humanos violados, do Caso 12.428, apreciado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que resultou no Relatório n. 25/18, que abordou, através de uma denúncia apresentada pelo Centro de Justiça Global, pelo Movimento 11 de Dezembro, pela Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) da Subseção de Salvador, por meio do Fórum de Direitos Humanos de Santo Antônio de Jesus/Bahia, bem como por Ailton José dos Santos, Yulo Oiticica Pereira e Nelson Portela Pellegrino – sendo essas as partes petionárias – acerca da responsabilidade internacional do Brasil em decorrência de violações de direitos humanos em detrimento de setenta pessoas e seus familiares. Na qual, observamos a importância da Corte Americana e de sua atuação por meio da Comissão para corrigir ou remediar os desequilíbrios e as disparidades que surgem ou obstam a realização da justiça, quando sujeitos em situação de vulnerabilidade tem seus direitos humanos essenciais desrespeitados.

O referido Relatório n. 25/18 apresentou toda a tramitação dentro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com as defesas e comprovações que as partes

juntaram. Na oportunidade dentro do caso foi anexado os procedimentos de âmbito jurisdicional nas esferas penal, civil e trabalhista, bem como, o administrativo com a composição de relatórios do Exército (que tem o controle de substâncias explosivas). Na conclusão, a Comissão propôs cinco recomendações que apontavam de um modo geral para as ideias de maior fiscalização, investigação, penalização por parte das instituições brasileiras, responsáveis pela aplicação e cumprimento da lei. E, também, procura por formas de represálias aos casos de violação de direitos humanos.

A ideia sobre as formas alternativas de resolução de conflitos e a efetividade dos direitos humanos mostram-se pertinentes perante a atual problemática de desvinculação, ou o descompromisso, talvez, de banalização que a expressão “direitos humanos” vem sofrendo em nossa sociedade. E, isso tem dificultado e até impedido, muitas das vezes, a verificação de possibilidades de efetivação de direitos em casos concretos. Percebemos, ainda, que essas formas resolutivas de conflitos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem têm sido utilizadas pelo próprio poder judiciário, em casos de variadas complexidades. Também, notamos que o caso apreciado pelo Comissão Americana de Direitos Humanos apresentou recomendações mais voltadas para a busca de represálias e penalizações do que da construção de um viés diferenciado (voltado para uma cultura de paz).

Quando utilizamos a expressão “cultura de paz”, estamos nos referindo a possibilidade de desenvolver um trabalho local (que leve em consideração o global e a multidimensionalidade dos fatos e questões), no sentido de expansão das ideias acerca da mediação, da conciliação e da arbitragem, para várias situações que podem ser resolvidas a partir da possibilidade de construção do diálogo, do entendimento e do amor entre as pessoas. Em outras palavras, estamos apostando na possibilidade de desenvolvimento de uma cidadania emancipatória, que favoreça o fortalecimento de valores que possam contribuir para uma responsabilidade social e democrática.

Não estamos, em hipótese alguma, tratando de criticar pareceres, relatórios ou decisões. Apenas, estamos buscando, contribuir, através das noções e aplicações das formas “alternativas” resolutivas de conflitos, para o entendimento de que a valorização e respeito aos Direitos Humanos é tão fundamental, quanto respeitar a si mesmo e o outro. Aliás, ambas as coisas se encontram imbricadas. Da mesma forma, não queremos generalizar afirmando que a mediação, a conciliação ou a arbitragem são formas excepcionais ou extraordinárias de resolver todos os conflitos sociais. Mas, no momento, em que as partes envolvidas no conflito já difundiram a compreensão que a paz, o diálogo e o entendimento são a melhor forma para aprender com os erros, a solução a partir da aplicação dessas formas evidencia-se ser a melhor. Elas podem funcionar como uma alternativa para a conscientização e efetiva concretização de um caminho social voltado ao favorecimento da paz social e o entendimento entre os seres humanos.

BIBLIOGRAFIA

- BREITMAN, Stella. *Mediação Familiar: uma intervenção em busca de paz*. Porto Alegre: Criação humana, 2001.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 57.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. In: WALD, Arnoldo (organizador).
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de mediação*. 5. Ed. CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>. Acesso em: 21. Set. 2019.
- DOUTRINAS ESSENCIAIS. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- GIMENEZ, Charlise Paula Colet. *O novo do direito de Luis Alberto Warat*. Curitiba: Juruá, 2018.
- KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilacqua. *Introdução à resolução alternativa de conflitos*. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem alternativas à jurisdição! 2*. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2008.
- NETO, José Cretella. *Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.
- PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.
- PIRES, Eduardo; ARAUJO, Neiva Cristina. *Lex mercatoria e arbitragem internacional: alternativas para regulação e solução de conflitos do comércio internacional*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/07_1713.pdf. Acesso em: 12. Dez. 2019.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Editora Unijuí: Ijuí, 2016.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- TEIXEIRA, Sálvio De Figueiredo. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. Disponível: <https://core.ac.uk/download/pdf/79062893.pdf>. Acesso em: 27. Dez. 2019.
- TUCCI, José Rogério. *Novo Código de Processo Civil introduz a audiência de conciliação ou de mediação*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-26/paradoxo-corte-cpc-introduz-audiencia-conciliacao-ou-mediacao>. Acesso em: 14. Jan. 2019.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. Ed. Sérgio Antônio Fabris editor. 1995.
- WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo a mediação no direito*. Santa Catarina: AIMED, 1998.
- WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.
- WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

SOLUÇÕES CONSENSUAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE À LUZ DA REPARAÇÃO INTEGRAL

Clara Pacce P. Serva

Roberto Dias

RESUMO: O trabalho analisa a compatibilidade entre a adoção de soluções consensuais com a garantia da reparação integral, imperiosa para os casos de violações a direitos humanos. Aborda, também, o papel das soluções amistosas ou consensuais à luz do atual conceito de acesso à justiça. Por outro lado, examina o conceito e a extensão da reparação integral, com olhar crítico a respeito dos diferentes tipos de compromissos. Com isso, questiona se a adoção de soluções consensuais privilegiaria a busca por uma reparação integral alinhada com possível redução dos índices de reincidência em violações a direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Consensual. Reparação Integral. Direitos Humanos.

SUMÁRIO: I) Introdução; II) Acesso à justiça contemporâneo e conceito de soluções amistosas; III) As soluções amistosas e a reparação integral; a. A reparação integral: conceito e extensão; b. Tipos de compromissos e de reparação; c. Possibilidade de adoção de soluções consensuais para conflitos envolvendo direitos fundamentais; IV) Conclusão.

I) INTRODUÇÃO

Prevalece a concepção de que a materialização dos direitos humanos depende da implementação de litigância estratégica, considerada como alteração por métodos heterocompositivos. É a cultura de que, para o respeito a Direitos Humanos e construção de uma sociedade mais equânime, é necessária estruturação do tradicional contexto de perde-e-ganha⁶⁹². Não desprezamos – ao contrário, reconhecemos – a importância das conquistas obtidas com importantes litígios estratégicos no campo da defesa dos Direitos Humanos tanto na esfera interna dos Estados como na arena internacional⁶⁹³. Mas, parece-nos que outros caminhos, como os autocompositivos, possam trazer excelentes resultados para a proteção dos Direitos Humanos e que possam se mostrar como alter-

692 Veja-se, por exemplo, a publicação da Ford Foundation, “Litigância Estratégica em Direitos Humanos: experiências e reflexões”, que muito bem aborda a situação dos direitos humanos e os meios de busca por Direitos, com litigância estratégica, fortalecimento da sociedade civil, dentre outras questões que proporcionem a luta contra violações sistêmicas. Muito pouco se disse, todavia, naquela oportunidade sobre os métodos consensuais, também denominados autocompositivos. A passagem em que o tema é tangenciado refere-se à exposição sobre o Escritório Modelo Dom Paulo Evaristo Arns da Faculdade de Direito da PUC-SP, por sua atuação em mediação visando a superação da lógica do conflito, no capítulo sobre “Que Justiça Queremos?”.

693 Entre inúmeros exemplos, é possível lembrar, no campo do direito penal e do sistema prisional, o caso da Penitenciária Urso Branco levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Assunto Carcerária Urso Branco em respeito ao Brasil*, medidas provisórias – datas diversas) ou do Habeas Corpus Coletivo 143.641 concedido pelo STF a todas as presas grávidas e mães de crianças com até 12 anos de idade.

nativa viável, respeitadas as peculiaridades de cada caso. Entendemos relevante um passo além para transformar a perspectiva do violador e a empatia recíproca entre violado e violador, proporcionar a redução dos índices de recorrência. É o que se convencionou chamar “win win situation”.

Com essa premissa, este artigo analisará a possibilidade de adoção de soluções consensuais em conflitos envolvendo Direitos Humanos na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (“Comissão” ou “CIDH”), dado o dever de reparação integral por violação a direitos humanos em cotejo com o conceito contemporâneo de acesso à justiça. Para tanto, verificaremos o atual panorama sobre acesso à justiça, o conceito e tipos de reparação (compensação econômica, medidas de satisfação, medidas de restituição do direito lesionado, garantias de não repetição e medidas de reabilitação) e a compreensão de soluções consensuais.

Note-se que acordos traduzem, por sua essência, consenso alcançado entre as partes. Assim, poderão conter diferentes previsões, bem como abster-se de estabelecer outras modalidades de reparação.

Por questões metodológicas, não se terá a pretensão de esgotar o debate sobre o princípio da irrenunciabilidade, notadamente quanto à renúncia prévia e total a direitos humanos, debruçando-se somente sobre a autocomposição aplicável à reparação como via compatível com o *restitutio in integrum*.

O Pacto de San José da Costa Rica inclui a previsão de soluções amistosas no capítulo sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (“CIDH” ou “Comissão Interamericana”), determinando que o órgão se coloque à disposição das partes a fim de chegar a uma solução amistosa, fundada no respeito aos direitos nele reconhecidos. Resta claro que qualquer solução – seja ela autocompositiva ou heterocompositiva – deverá respeitar os direitos humanos.

O artigo 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem veda qualquer interpretação dos dispositivos que culmine ou vise a destruir direitos e liberdades nela enunciados. No mesmo sentido é a previsão do artigo 29 do Pacto de San Jose da Costa Rica, que proíbe que as disposições da Convenção sejam interpretadas como permissão para supressão, limitação ou exclusão do gozo e exercício de direitos e liberdades. Deve, destarte, direcionar a interpretação das disposições a respeito de soluções amistosas.

Como conclusão, pretende-se responder se a autocomposição é compatível com a reparação integral e compreender se eventual acordo pode configurar redução do espectro reparado. Assim, buscaremos responder à seguinte pergunta: as soluções consensuais prestigiam a reparação integral ou a descumprem?

II) ACESSO À JUSTIÇA CONTEMPORÂNEO E CONCEITO DE SOLUÇÕES AMISTOSAS.

O conceito de acesso à Justiça sofreu relevantes ajustes, alinhando-se ao propagado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth ao menos desde 1988⁶⁹⁴, com contorno detalhado por Kazuo Watanabe (2019)⁶⁹⁵, segundo o qual o acesso à justiça é a obtenção da tutela efetiva, tempestiva e adequada, privilegiando-se a apreciação do mérito e a prevenção de conflitos.

Trata-se da busca pelo *direito* à concretização do *direito*, reconhecendo que o acesso formal a juízes e tribunais é apenas um dos meios para se alcançar a justiça. Cappelletti e Garth (1988, p. 71/72) destacam o encorajamento a uma ampla variedade de reformas procedimentais e estruturais, com uso de pessoas leigas destinadas a prevenir litígios e facilitar soluções, por meio de mecanismos informais. Correlacionar e adaptar as normas processuais ao tipo de litígio, por sua complexidade, valor, importância social, urgência na apreciação, dentre outros fatores.

Javier La Rosa Calle explana a respeito da evolução do conceito de justiça como solução sob o auspício do Estado – conceito que exige a compreensão de garantias processuais básicas – até uma visão de um direito mais complexo, que compreende toda a classe de mecanismos eficazes para a solução de conflitos de relevância jurídica (CALLE, 2009, p. 115-128). A título de exemplo, o artigo 3º do Código de Processo Civil brasileiro, ao consagrar a garantia de acesso à justiça, determina a promoção, sempre que possível, de solução consensual de conflitos (§2º), ilustrada em rol não exaustivo pela conciliação e mediação (§3º), a serem estimuladas por juízes, advogados, defensores públicos e ministério público em casos submetidos ou não à prévia judicialização. Diferencia-se, portanto, judicialização de justiça.

Não se questiona a relevância da previsão de garantias processuais como juiz natural, contraditório e ampla defesa, sem as quais tornar-se-ia impossível a garantia ao

694 Os autores apresentam a noção de ondas renovatórias, que culminam com o acesso à justiça em busca de maior efetividade ao qual se relaciona o uso de métodos consensuais de resolução de conflitos (CAPPELLETTI, GARTH, 1988). A primeira onda consiste na concessão de assistência judiciária para pobres, notadamente por advogados particulares sem contraprestação. A onda de assistência judiciária foi reformada, primeiramente, pelo chamado Sistema Judicare, na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental, estabelecendo-se a remuneração pelo Estado aos advogados particulares. No Brasil, ainda subsiste na figura dos advogados dativos, existente para a demanda excedente, não suportada pela atual estrutura das Defensorias Públicas. A segunda reforma deriva da adoção de advogados remunerados pelos cofres públicos, tal qual ocorre no Brasil, pela já mencionada defensoria no que se refere à representação de indivíduos de baixa renda em juízo.

A segunda onda de acesso à justiça refere-se à representação de interesses difusos, levando à apreciação dos Tribunais demandas que extrapolavam as partes sub judice. Tais interesses poderiam ser defendidos por ação governamental, na figura, por exemplo, do Ministério Público, mas também por indivíduos, que os autores denominam como “procurador-geral privado” ou “demandantes ideológicos” e são, no Brasil, ilustrativamente identificados nas ações populares. A terceira onda trata do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça, contemplando as vias judicial e extrajudicial, com atenção em instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos necessários para lidar com, mas também evitar disputas.

695 Ao se debruçar sobre o caso brasileiro, Kazuo Watanabe chama a atenção para os Juizados Especiais de Pequenas Causas e procedimento sumaríssimo das causas de pequeno valor, sob o prisma da assistência judiciária, analisando outras peculiaridades nacionais, como a tutela da OAB a respeito do *ius postulandi*, a cultura da sentença, o cabimento de mandados de segurança contra atos judiciais, dentre outros.

provimento justo. O que se compreendeu, contudo, é que tais garantias construíam a casca, a estrutura, em que estaria contido o real objetivo, ou seja, o conteúdo material do acesso à justiça.

Como aponta Vasconcelos (2014, p. 36), o uso da força em confrontos⁶⁹⁶ advém de um entre dois fundamentos, ambos de discutível eficácia: a força protetora (evitar danos ou injustiças) ou a punitiva (punir pelo mal praticado).⁶⁹⁷ O uso da força, pelo olhar de Vasconcelos, mostra-se de pouca utilidade e aponta os direitos humanos como fundamento político-jurídico da mediação, que adota, na cultura de paz, o primado da colaboração e desconstrói o maniqueísmo inerente à visão judicial de que, quando um está certo, outro está errado. Conclui que:

“na perspectiva de uma cultura de paz, sob o primado dos jogos de ganha-ganha e dos direitos humanos, o que deve estar em pauta, a nosso ver, é o aprimoramento das instituições democráticas, a viabilização de uma cidadania empreendedora e socialmente responsável e, enfim, as bases para o desenvolvimento sustentável nos âmbitos locais e planetário” (2014, p. 128).

Nesse diapasão, Watanabe (2019, p. 75/108) versa sobre a substituição da cultura da sentença, com a “*valorização excessiva da solução de conflitos por meio de sentença do juiz*”, pela valorização da solução amigável inerente à cultura da pacificação.

A solução heterônoma, sem perder sua importância, passa a ser apenas uma das fontes de justiça. O ingresso com demandas judiciais deve ser a última hipótese, utilizada quando inviável a solução por outros métodos adequados de resolução de conflitos⁶⁹⁸. Mirando no objetivo de se chegar a um provimento efetivo, prioritariamente de mérito, previram-se outras possíveis “cascas” em que contido o direito material.

Trata-se do enfoque integral do acesso à justiça, promovido inicialmente pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), segundo o qual acesso à justiça seria um instrumento de transformação de relações de poder que perpetuam a exclusão, a pobreza, a subordinação de grupos como mulheres, presos, indígenas, migrantes, incapazes, crianças, idosos, entre outros⁶⁹⁹.

Bem por isso, na crista da nova onda apontada por Garth e Cappelletti (1988, p. 81/87) estariam os métodos então denominados *alternativos* para solução de

696 Os conflitos, para Vasconcelos, poderão ser 4 espécies: de valores, de informação, estruturais ou de interesses (vide p. 25).

697 A eficácia da força punitiva é contundentemente contestada pelos abolicionistas, como Louk Hulsman e Thomas Mathiesen. Ver, entre muitas outras obras: PASSETTI; SILVA (Org.). 1997. 291 p. (Monografias, 4).

698 Referimos a Asdrubal Lima Jr., que aborda a necessidade de revisitar a cultura de judicialização como *prima ratio* sempre que haja conflito e propõe solução, com alteração legislativa. (LIMA JR. In: NASCIMBENI; BERTASI; RANZOLIN, 2017, p. 68/69)

699 Vide excerto de material oficial do PNUD: “(...) *el enfoque del acceso a la justicia que comparte el PNUD no se agota en la contemplación del aspecto cuantitativo o cualitativo de los recursos judiciales sino que entiende el acceso a la justicia al mismo tiempo como un objetivo y como un medio. Siendo un fin en sí mismo, se percibe, a su vez, como un requisito previo, como un instrumento para la transformación de las relaciones de poder que perpetúan la exclusión, la pobreza y la dependencia de grupos tales como mujeres, presos, indígenas, migrantes, discapacitados, menores, ancianos, trabajadores, etc.*” (Disponível em: http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/2789/Manual_de_Politicas_Publicas_Para_El_Acceso_A_La_Justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em 30.11.2019, às 11h.)

disputas⁷⁰⁰, nos quais estariam contidos a arbitragem, a mediação e os incentivos econômicos para a solução de conflitos fora dos tribunais. Apontam a possibilidade de adoção obrigatória de tais técnicas para determinadas demandas e facultativa para outras.

No âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a expressão “solução amistosa” não se refere somente ao acordo, mas ao mecanismo *sui generis*⁷⁰¹ de solução de conflitos de forma pacífica e consensual⁷⁰². Desde sua criação, na década de 80, sofreu relevantes mudanças e a busca por solução consensual passou a ser um dever da Comissão. A partir do Regulamento da OAS/Ser.L/V/1.4, Rev. 12, de 4 a 8 de dezembro de 2000, o procedimento é aplicável a todos os Estados membros, inclusive os que não são parte da Convenção⁷⁰³, privilegiando a autodeterminação das partes, que poderão solicitar o início, continuação ou conclusão do procedimento, e posterior acompanhamento dos resultados e cumprimento da solução alcançada. Referidas características foram mantidas nos regulamentos de 2009 e de 2013, pela visão de que o consenso privilegia a proteção dos direitos humanos.

III) AS SOLUÇÕES AMISTOSAS E A REPARAÇÃO INTEGRAL

A. A REPARAÇÃO INTEGRAL: CONCEITO E EXTENSÃO

Claudio Rojas, em obra de 2009, aponta que não existe no Sistema Interamericano uma norma geral e expressa que fixe as consequências das violações a direitos e liberdades. No entanto, por se tratar de norma consuetudinária, os contornos da reparação foram construídos ao longo dos anos. Rojas (2009) aponta que, nesse âmbito, não se admitirá ao Estado que se escuse da responsabilidade sob a alegação de que a reparação não contém previsão no ordenamento interno⁷⁰⁴.

André de Carvalho Ramos (2004, p. 251) aduz que a reparação é gênero em que estão contidas várias espécies, consagradas pelo princípio do “*restitutio in integrum*”, definida pela Comissão Interamericana como plena e efetiva, apropriada e proporcional à gravidade da violação e circunstâncias do caso. A finalidade da reparação é promover justiça e remediar as violações manifestas nas normas internacionais de direitos humanos⁷⁰⁵. Como primeiro setor em que se conceberam direitos humanos universais,

700 A expressão “alternativos” foi substituída pela doutrina recente pelo vocábulo “adequados”.

701 “Guía práctica: mecanismo de soluciones amistosas en el sistema de peticiones y casos” / Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OAS, Documentos Oficiales; OEA/Ser.L/V/1.3, p. 07.

702 Não se tem a pretensão de analisar, nesse estudo, a natureza do procedimento de solução amistosa, nem os métodos que lhe são aplicáveis. Ater-se-á à análise do objeto a ser transacionado: os direitos humanos da parte peticionária. Observa-se, contudo, que a expressão “solução amistosa” é por vezes empregada pela Comissão como procedimento e, noutras, como acordo ou o alcance das partes a termos consensuais para por fim à contenda.

703 Informe sobre el impacto del mecanismo de solución amistosa, Segunda Edição, 1 de março de 2018, p. 32.

704 Nesse diapasão, uma das modalidades de reparação, abordada nesse artigo, é a elaboração de políticas públicas ou legislações adequadas.

705 Informe sobre el impacto del mecanismo de solución amistosa, Segunda Edição, 1 de março de 2018, p. 41.

imponíveis a toda a humanidade, aponta-se a crescente regulação de padrões mínimos de proteção de vítimas civis em caso de conflitos armados⁷⁰⁶.

As formas de reparação consistiriam em cessação do ilícito, satisfação, declaração da ilicitude, manifestação de pesar e desculpas, pagamento de somas simbólicas e de *punitive damages*, obrigações de fazer e não fazer, indenização, bem como garantias de não repetição.

B. TIPOS DE COMPROMISSOS E DE REPARAÇÃO

As soluções amistosas abarcam compromissos que podem visar à recomposição da vítima ou a mudanças com efeitos *erga omnes* no âmbito do Estado, como são, por exemplo, as medidas de não repetição. As demais categorias de compromissos destinam-se, em primeira análise, à tutela da vítima peticionária e serão vistos por esse prisma no presente estudo.

Faz-se tal ressalva pois nada obsta que o acordo preveja, por exemplo, medidas de restituição que extrapolem a esfera daquele indivíduo. Imagine-se um caso em que se discuta a prisão arbitrária do peticionário por crime político. Poderá a solução amistosa prever, como medida de restituição, a soltura do peticionário e dos demais sujeitos em situação análoga.

No entanto, o presente estudo tem por foco os compromissos que se refiram à vítima já que a solução amistosa adotada não vinculará eventuais outras vítimas de igual ação ou omissão do Estado Membro e, por consequência lógica, não poderão configurar renúncia (parcial, nem total) de seus direitos.

As 5 principais formas de reparação (restituição do direito, reabilitação, medidas de satisfação, compensação econômica e medidas de não repetição) serão analisadas sob o prisma do Relatório da CIDH de Soluções Amistosas.

A restituição visa a devolver a vítima à situação anterior, gerando a terminação da atividade ou conduta violadora e o reestabelecimento das coisas ao estado anterior. A restituição do direito afetado foi prevista em 24 de 137 acordos homologados, com ajustes como o reestabelecimento de liberdade⁷⁰⁷, a derrogação de leis contrárias aos standards de proteção, a devolução de terras e a restituição de emprego. A derrogação

706 Nesse sentido: VARELLA; MONEBHURRUN; GONTIJO, 2019, p. 91.

707 Veja-se, por exemplo: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Ricardo Ucán Seca c. México*, Relatório No. 91/2010, Petição No. 12.660, Solução Amistosa, 15 de julho de 2010. Tratava-se de caso apresentado por Ricardo Ucán Seca, Organização Indignação, Promoção e Defesa dos Direitos Humanos A.C e Comissão Estadual de Direitos Humanos de Yucatán contra o Estado Mexicano, em razão de irregularidades que teriam afetado o processo criminal do primeiro peticionário, por suprimir seu direito a, na qualidade de indígena maia, ter acesso a um tradutor para ampla defesa e contraditório.

O Governo Mexicano e de Yucatán se comprometeram a (i) promover a soltura do peticionário, resguardada a independência judicial, (ii) indenizar os familiares de outra vítima, falecida no ano 2.000, (iii) conceder benefícios sociais pertinentes em atenção à situação socioeconômica do peticionário; (iv) analisar casos semelhantes que estivessem devidamente documentados, resguardando o direito das vítimas; (v) continuar a promover o acesso à justiça e vigência dos direitos humanos das comunidades indígenas.

de leis por vezes é acompanhada de autorização para restituição às pessoas afetadas pela norma – hipótese em que a disposição do acordo extrapolará a vítima.

Nesse sentido, veja-se o Informe de Solução Amistosa n. 22/1994⁷⁰⁸. Tratava-se de caso envolvendo a condenação de jornalista por crime de desacato, por suposta injúria a Ministro da Suprema Corte. O Governo argentino firmou acordo, por meio do qual se comprometeu a revogar o artigo do Código Penal que tipificava a conduta do desacato, aplicando-se a revogação da norma ao caso do peticionário para revogação outrossim da sentença e seus efeitos. Pelo ajuste entabulado, caberia à Comissão manifestar-se a respeito da adequação da norma à Convenção. Naquela oportunidade, o peticionário renunciou a qualquer indenização a título de danos morais, bem como a honorários, evidenciando que a reparação integral estava sustentada essencialmente pela revogação da norma violadora.

O mesmo ocorrerá em previsões de assistência a comunidades por medicamentos, ferramentas e meios de transporte em novo local de assentamento. As partes poderão ajustar reabilitação médica, psicológica e social para recuperação dos efeitos danosos decorrentes do fato violador. Foi prevista em um terço dos informes de solução amistosa, em casos como de tortura, violência sexual, desapareição forçada e violação ao direito à vida, podendo consistir no pagamento de quantia para essa finalidade ou na adoção da providência prevista (obrigação de fazer). Poderá extrapolar a vítima quando estabelecidas melhorias no serviço público ou quando determinado o fornecimento a todas as vítimas de ações semelhantes.

Há também medidas de satisfação⁷⁰⁹, com o fito de reestabelecer a dignidade e reputação, ou evitar a repetição da conduta. Têm como premissa o alcance da verdade como meio de alcançar a justiça e, apesar de incontáveis possíveis contornos, são usualmente enquadradas em cinco categorias⁷¹⁰: reconhecimento de responsabilidade e aceitação pública dos fatos; busca e entrega de restos das vítimas; declarações oficiais e decisões judiciais para restabelecer a honra e reputação da vítima; aplicação de sanções judiciais e administrativas aos responsáveis pelas violações; medidas para manutenção da memória da vítima e de seu legado.

A reparação do dano causado considerará a restituição plena, sendo usual o pagamento de uma indenização como compensação pelos danos patrimoniais e morais sofridos. Viabiliza a reparação da lesão através de valores pecuniários, mas deve ser

708 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Horácio Verbitsky*, Argentina, Relatório No. 22/94, Caso No. 11.012, Solução Amistosa, 20 de setembro de 1994.

709 André de Carvalho Ramos (2004, p. 270) aponta a evolução do conceito que, a priori, era tipo como a forma de reparação de condutas ilícitas que não resultou em danos materiais, ganhando, contudo, a compreensão de se tratar de conjunto de medidas de declaração da infração cometida e de garantias de não repetição.

710 André de Carvalho Ramos reputa haver 4 modalidades: a declaração da infração cometida e possível demonstração de pesar pelo fato; fixação de somas nominais e indenização punitiva; atos que visam à persecução dos agentes responsáveis pelos atos imputados ao Estado violador; e diversas obrigações de fazer, não incluídas nas categorias anteriores (RAMOS, 2004, p.274/275).

compreendida como forma complementar aos esforços de retorno ao status quo anterior, aplicável – segundo Carvalho Ramos (2004, p. 285) – em casos de impossibilidade material de gozo do direito ou liberdade violados⁷¹¹. O relatório aponta que em numerosos acordos, as vítimas receberam o pagamento de um valor monetário como reparação pelos danos sofridos. Houve pagamento em 77% dos acordos que previam compensação financeira, sendo referido índice reputado alto. O dano moral, por seu turno, é associado a medo e sofrimento a que as vítimas estão expostas. Não caberá à Comissão determinar o valor e a forma de pagamento.

Como quinta categoria de reparação, estabelecem-se medidas de não repetição a partir de reformas legislativas e adoção de políticas públicas, decorrente do dever de prevenção que “*abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que su eventual vulneración sea efectivamente considerada y tratada como un hecho ilícito susceptible de acarrear sanciones para quienes lo cometan, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales*”⁷¹². Para André de Carvalho Ramos (2004, p. 267/269), a não repetição é dever inafastável do Estado, aplicável quando a violação da norma primária seja de caráter contínuo e quando a norma violada continuar em vigor. Nesse racional, o que variará será quais as medidas a serem adotadas para tanto, promovendo uma transformação na situação estrutural em que situadas as violações.

C. POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE SOLUÇÕES CONSENSUAIS PARA CONFLITOS ENVOLVENDO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Carta da ONU destina capítulo próprio (Capítulo, VI, artigo 33 e seguintes) para versar sobre a solução consensual de disputas, a ser alcançada por meio de negociação, mediação, conciliação, inquérito, arbitragem ou acordo judicial. A qualquer tempo as partes poderão ser convocadas para a busca por uma solução autocompositiva. A Organização deixa a possibilidade de Estados não signatários pleitearem a adoção de métodos autocompositivos pelo Conselho de Segurança, evidenciando que as soluções consensuais não apenas seriam compatíveis com a proteção dos direitos humanos, mas que os privilegiariam.

O Pacto de San Jose da Costa Rica de 22 de novembro de 1969 traduz em seu preâmbulo inaugural o propósito comum dos Estados americanos em consolidar o regime de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem. Trata-se do respeito ao indivíduo, observado em seu contexto socioeconômico, donde decorre a também preambular reafirmação aos direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos.

711 Concedida a devida vênica, temos que a indenização será sempre mecanismo possível, notadamente porque não se vislumbra meios de retorno ao status quo ante quanto aos chamados danos intercorrentes, sofridos entre a violação (ou seu início) e a cessação dos atos com retorno ao quadro anterior à violação.

712 Informe sobre el impacto del mecanismo de solución amistosa, Segunda Edição, 1 de março de 2018, p. 87.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao lado da Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Corte” ou “Corte Interamericana”), integra os órgãos competentes para proteção dos direitos e compromissos assumidos pelos Estados Partes na Convenção, tendo como função precípua a promoção da observância e a proteção de direitos humanos. Para tanto, incumbe-lhe, dentre outras atribuições e no que extrapola à competência consultiva, atuar com respeito às petições e outras comunicações (art. 41.f da Convenção).

As soluções amistosas encontram fundamento jurídico no artigo 48.1.f da Convenção e no art. 40 do Regulamento da CIDH, que preveem que a Comissão, ao receber uma petição ou comunicação, colocar-se-á à disposição das partes para chegar a uma solução amistosa fundada no respeito a direitos humanos. O artigo 40.3 do Regulamento estabelece que a Comissão, reputando necessário, poderá atribuir a um de seus membros a tarefa de “facilitar a negociação entre as partes”. Decorre da função conciliadora da comissão, apontada por Hector Fix-Zamudio⁷¹³. Dela, decorre o dever da Comissão de se empenhar por uma solução amistosa e, alcançada, de elaborar o respectivo informe, com os fatos e a solução, a ser transmitido ao peticionário e ao Estado-parte e, a posteriori, comunicado à Secretaria da Organização dos Estados Americanos para publicação⁷¹⁴.

Olivier de Schutter (2010, p. 288) afirma que, salvo quanto a direitos de caráter absoluto (aos quais não se admitem limitações), viável a imposição de limitações a direitos humanos, se respeitadas três condições: (i) qualquer restrição deve ser prevista em lei, como condição de legalidade; (ii) deve ser justificada por um fim legítimo, como condição de legitimidade; (iii) a interferência deve ser limitada ao que for necessário para o alcance do fim legítimo pretendido.

No caso *Velásquez Rodrigues c. Honduras*⁷¹⁵, a Comissão Interamericana asseverou não ser obrigatória a tentativa de composição amigável e pontuou que os direitos lá discutidos não seriam passíveis de recomposição por conciliação. Por provocação do Estado hondurenho, a Corte Interamericana, ao sentenciar o caso em 1987, asseverou que, não obstante o artigo 48.1.f tenha aparente caráter obrigatório, a interpretação conforme o texto da Convenção levaria ao entendimento de que o dever de intentar uma solução amistosa surgiria quando as circunstâncias da controvérsia determinassem a necessidade ou conveniência de tal procedimento, por um juízo de conveniência (mas não de arbitrariedade) da Comissão. O caso Velásquez envolvia desaparecimento forçado por ação de autoridades e a negativa do Estado hondurenho quanto à ocorrência de tais fatos, razão pela qual entendeu a Corte Interamericana

713 Vide citação ao autor por Flavia Piovesan: PIOVESAN, 2012, p. 328.

714 PIOVESAN, 2012, p. 332.

715 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 1.

ser muito improvável que se pudesse atingir uma solução amigável que contemplasse os direitos à vida, integridade e liberdade.

Argumento semelhante foi aduzido pelo Estado Colombiano no caso *Caballero Delgado y Santana c. Colômbia*⁷¹⁶, distinguindo-se do precedente por inexistir negativa do Governo quanto aos fatos objeto de denúncia⁷¹⁷. A Corte consignou inexistir faculdade arbitrária no que se refere à adoção do procedimento de solução amistosa, à luz do papel conciliador da Comissão, razão pela qual somente em casos excepcionais poderá a Comissão, justificadamente, omitir-se de aplicar referido procedimento, sendo insatisfatória a justificativa de que se trataria de assunto não passível de composição⁷¹⁸. Destacou-se que o mandamento à CIDH é aproximar as partes para diálogos direcionados à autocomposição (cujo deslinde somente delas dependeria) e assegurar que eventual acordo proporciona adequada proteção aos direitos humanos⁷¹⁹.

Assim, por determinação da Corte, prevalece a interpretação segundo a qual deverão ser justificados os casos em que não se tente chegar a uma composição, transparecendo a predileção pelas soluções amistosas sempre que possível. Portanto, haveria, a nosso ver, uma presunção relativa – e que admite decisão justificada em contrário – de se tentar a composição amigável. A rejeição deste caminho deve carregar um ônus argumentativo robusto frente à prevalência das soluções consensuais.

A relevância da adoção de soluções amistosas transparece no Informe n. 32/12⁷²⁰, referente ao assassinato, por garimpeiros, de 16 indígenas do povo Yanomami da região de Haximú, na Venezuela⁷²¹, entre junho e julho de 1993. A transação amigável teve por enfoque a adoção de políticas públicas tendentes a reverter o contexto de violação

716 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caballero Delgado y Santana c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Sentença de 21 de janeiro de 1994, Série C No. 17.

717 Assevera o Governo Colombiano que haveria um dever da Comissão de se colocar à disposição das partes em busca de solução amistosa, independente de requerimento. O pedido de procedimento de solução amistosa poderia interpretado como confissão antecipada de responsabilidade, com riscos políticos e processuais. Asseverou ter tentado localizar a vítima e responsabilizar os autores do ato, questionando-se somente a identidade dos responsáveis pelas violações e o adequado cumprimento, pelas autoridades judiciais, das obrigações de detenção e imposição de sanções a tais pessoas.

718 Não obstante o precedente destaque a necessidade de decisão fundamentada para afastar a adoção de procedimento de solução amistosa, destacou inexistir dano irreparável à Colômbia, a quem era dada a possibilidade de requerer a instauração do procedimento.

719 Nesse ponto, relevante passagem: “Sólo en casos excepcionales y, naturalmente, con razones de fondo, puede la Comisión omitir el procedimiento de la conciliación porque está de por medio la protección de los derechos de las víctimas o de sus familiares. No parece ser suficiente decir, como lo hace la Comisión, que no se acudió a este procedimiento simplemente por razón de la “naturaleza” del asunto. (...) 30. En un procedimiento de solución amistosa es indispensable la intervención y decisión de las partes involucradas. Aún interpretando literalmente las disposiciones de la Convención y haciendo caso omiso del Reglamento de la Comisión, ésta solamente podría sugerir a las partes entablar las conversaciones enderezadas a la solución amistosa pero no podría, por carecer de poder para ello, decidirla. La Comisión debe propiciar el acercamiento pero sus resultados no dependen de ella. De alcanzarse el acuerdo debe ella cerciorarse de que los derechos humanos hayan sido adecuadamente defendidos.”

720 Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Povo Indígena Yanomami de Haximú c. Venezuela*, Relatório No. 32/12, Petição No. 11.706, 20 de março de 2012.

721 Apesar de se tratar de caso envolvendo o Estado Venezuelano, menciona-se a existência de processo penal no Brasil, na Justiça Federal de Boa Vista, a qual teria ordenado a apreensão de 24 garimpeiros. Contudo, foi arquivada em 21.07.2011 a petição apresentada em face do Brasil, em 06.12.1996, na qual alegava-se negligência e omissão do Estado Brasileiro. O informe de solução amistosa destaca a decisão do Superior Tribunal de Justiça, de 12.11.2000, que condenou os responsáveis por tais atos.

sistemática aos direitos de povos tradicionais. Dispôs sobre o dever de vigilância e controle do Estado sobre as áreas Yanomamis, comprometendo-se o Estado Venezuelano a firmar acordo com o Brasil para elaboração de um plano nesse sentido, e determinou a elaboração de programa para enfrentamento às questões sanitárias da zona. Estabeleceu-se que Venezuela daria seguimento à investigação promovida pelo Brasil e adotaria medidas legislativas para proteção de povos indígenas, pela análise e ratificação de Convênio da OIT (Organização Internacional do Trabalho) a esse respeito.

A solução consensual mostrou-se adequada em assuntos e ajustes bastante diversos, ilustrados, outrossim, pelo Informe 30/2012⁷²², emitido na mesma data que o caso venezuelano supra estudado. Debatia-se a derrogação de Juan Jacobo Arbenz Guzman da posição de presidente constitucional mediante golpe militar, do qual decorreu o exílio de sua família e o confisco de seus bens. Para além do reconhecimento de responsabilidade e pagamento de reparação econômica, estabeleceram-se outras formas de reparação, como a elaboração de carta de perdão aos familiares da vítima, designação de uma sala no Museu de História Nacional como parte de reparação moral; revisão do currículo nacional de base educacional quanto aos eventos históricos referentes ao golpe militar; criação de um curso de direitos humanos, pluriculturalidade e reconciliação dos povos indígenas, dirigido a indivíduos do Executivo, Judiciário e de outras instâncias para análise de desigualdades entre povos tradicionais e redução de práticas discriminatórias; realização de estudos para verificação da existência de área ainda em domínio do Estado que seja decorrente do desdobramento da área antes de propriedade da família da vítima; realização de exposição fotográfica sobre a vítima e sua família, recuperando-se, também, o acervo fotográfico da família e editando-se um livro de fotos da família; elaboração de biografia do Sr. Juan Guzman; pagamento de custos da família com viagem para comparecimento à sessão da Comissão em que seria firmado o acordo.

Resta claro, pelo precedente Guatemalteco, que há casos em que o prestígio aos direitos humanos poderia estar mais atrelado à produção cultural. Razoável supor que igual solução não seria admitida caso a vítima não possuísse a notoriedade de um ex-presidente, mas que, dadas as circunstâncias concretas e as partes em litígio, a solução proposta foi reputada válida.

Interessante notar que, ao se debruçar sobre o cumprimento de acordos e sua homologação, a Comissão tem salientado que a aceitação de compromissos reflete a inclinação do Estado em cumprir com os propósitos e objetivos da convenção e o valor dos esforços nesse sentido. A título ilustrativo, destacou, no Informe 32/2012, que “*la modalidad de solución amistosa contemplada en la Convención Americana permite la terminación de los casos individuales en forma no contenciosa y ha demostrado ser un procedimiento eficaz para las partes*”.

722 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Juan Jacob Arbenz Guzman*, Guatemala, Relatório No. 30/12, Petição n. 12.546, Solução Amistosa, 20 de março de 2012.

De fato, as soluções amistosas permitem o estabelecimento de medidas de reparação benéficas para as vítimas e muitas vezes para a sociedade, compatíveis com os recursos do Estado e, portanto, viáveis. No entanto, somente se admitem acordos quando garantam o respeito aos direitos humanos reconhecidos nos instrumentos regionais⁷²³.

Não se faz mandatório que os acordos contenham compromissos de todas as espécies, nem que todos os compromissos possam ser rotulados como de um ou outro tipo. Em um conflito envolvendo um Estado em crise econômica e que diga respeito às políticas de encarceramento, nada obsta que a vítima aceite não receber indenização, firmando-se compromisso de séria análise das condições dos espaços de reclusão e revisão dos requisitos para prisão cautelar. Do mesmo modo, uma vítima de estupro por oficiais do Estado poderá priorizar a investigação da cifra oculta de crimes sexuais, com um compromisso de melhores esforços por parte do Estado, a responsabilização dos seus agressores e, se entender pertinente, uma declaração pública de reconhecimento de culpa.

O respeito aos direitos e a reparação integral serão, destarte, aferidos caso a caso.

IV) CONCLUSÃO

O reconhecimento, pela doutrina e pelo direito positivado, da solução consensual como concretização da justiça⁷²⁴ é marco relevante para a mudança de paradigma de resolução de conflitos. Inaugura-se um “movimento das formas alternativas de resolução de conflitos”⁷²⁵, com adoção de formas e instituições descentralizadas, com maior grau de informalidade, a complementar a justiça judiciária.

Garth e Cappelletti (1988, p. 83/87), como grandes idealizadores dessa onda,

723 Informe sobre el impacto del mecanismo de solución amistosa, Segunda Edição, 1 de março de 2018, p. 12-13, em que se lê: “*El mecanismo de solución amistosa permite generar espacios de diálogo entre presuntas víctimas, peticionarios y Estados, donde estos pueden alcanzar acuerdos que establecen medidas de reparación beneficiosas para las presuntas víctimas de la situación denunciada y muchas veces la sociedad en su conjunto. Mediante la adopción de un amplio abanico de medidas de reparación, numerosas víctimas de violaciones de derechos humanos han obtenido la restitución plena del derecho vulnerado o su reparación mediante la ejecución de medidas de satisfacción vinculadas a la investigación de los hechos y sanción de los responsables de las violaciones; el pago de una compensación económica; medidas de rehabilitación o tratamiento médico; así como la adopción de medidas de reparación de carácter simbólico, como la celebración de actos de desagravio y la publicación de disculpas públicas. Asimismo, los acuerdos de solución amistosa han contemplado garantías de no repetición con las que se persigue evitar, en el futuro, la comisión de hechos de la misma naturaleza denunciados ante la Comisión. (...) En adición a lo anterior, cabe resaltar que la efectividad del mecanismo de solución amistosa reposa de manera principal en dos pilares fundamentales: la voluntad de las partes de llegar a una solución amistosa del asunto y el cumplimiento de las medidas de reparación que contempla el acuerdo de solución amistosa, las cuales deben garantizar el respeto de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos regionales. En relación con este último, resulta clave que en los acuerdos de soluciones amistosas solo se incluyan aquellas medidas que de manera franca y realista se puedan cumplir; así como los marcos temporales en los que se pueden llevar a cabo, teniendo presente que una vez se suscribe el acuerdo de solución amistosa, los Estados tienen el deber de cumplir cabalmente y de buena fe con los compromisos asumidos en este.*”

724 Justiça compreendida como: “*el derecho de las personas sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política o creencias religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria ante sus necesidades jurídicas. De esta definición, se colige que acceso a la justicia no es equivalente a tutela judicial del Estado, ya que tal aproximación reduce este derecho fundamental a brindar garantías judiciales antes y durante un proceso judicial, cuando en la inmensa mayoría de casos la población ni siquiera puede acceder a un tribunal.*” (CALLE, 2009, p. 118.)

725 A expressão “formas alternativas” é objeto de duras críticas, pelo fato de que pressupõe a via judicial como padrão. A locução “movimento das formas alternativas de resolução de conflitos” é empregada por Marco Aurelio Gumieri Valério, por exemplo. (VALERIO, In: Revista de Direito Privado, vol. 69/2016, p. 15-27)

apontam como vantagens óbvias da conciliação evitar-se a sobrecarga de tribunais e despesas excessivamente altas, a maior aceitação das decisões fundadas em acordo entre as partes, proporcionar que sejam examinadas causas mais profundas de um litígio, visando ao restabelecimento de relações complexas e prolongadas⁷²⁶. É o que ocorre em conflitos envolvendo direitos humanos, em especial naqueles cujo Estado violador é também a pátria e origem de quem teve seus direitos violados, de modo que a relação perdurará e extrapolará os contornos do caso submetido à apreciação do órgão nacional ou internacional.

Watanabe (2019, p. 82) aponta que “*os meios consensuais de solução de conflito fazem parte do amplo e substancial conceito de acesso à justiça, como critérios mais apropriados do que a sentença, em certas situações, pela possibilidade de adequação da solução à peculiaridade do conflito, à sua natureza diferenciada, às condições e necessidades especiais das partes envolvidas. Trata-se, enfim, de um modo de se alcançar a justiça com maior equanimidade e aderência ao caso concreto.*” Proporcionam, portanto, a solução mais adequada e justa aos interesses conflitantes.

Não há, a priori, limitação subjetiva⁷²⁷, nem objetiva à autocomposição, que poderá ocorrer em litígios envolvendo direitos a contendas de direitos disponíveis ou indisponíveis⁷²⁸. A Comissão Interamericana impulsiona acordos por solução amistosa independentemente da natureza dos fatos narrados e do tipo de violação⁷²⁹. O acordo, contudo, deverá assegurar a reparação integral.

Da leitura dos principais documentos do sistema universal e regional americano de direitos humanos, chega-se, por lógica dedutiva, à conclusão de que é viável o alcance de soluções consensuais em conflitos envolvendo direitos humanos. Tanto a Carta da Organização das Nações Unidas (“Carta da ONU”), como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (“Convenção Americana” ou “Pacto de San José da Costa Rica”) contêm previsão de busca de soluções autocompositivas.

Tal fato não é irrefletido: a autocomposição representa maior proteção ao direito violado, porque *per se* pressupõe um reconhecimento de ilicitude e demonstra uma postura ativa do Estado em reparar o dano. A previsão de devolução de emprego, por exemplo, pouco sentido tem em decisões heterônomas em razão do desgaste da relação de ambos – o que afasta seu desejo de se manterem relacionados –, e que, quando esta-

726 Watanabe (2019, p. 99) destaca que, “*nas chamadas relações jurídicas continuativas, que têm duração no tempo, em que as partes estão em contato permanente, a solução do conflito deve ser promovida com a preservação da relação existente entre as partes, pondo-se em prática a chamada “justiça coexistencial”, com a pacificação das partes – o que a solução sentencial dificilmente terá condições de promover.*”

727 Watanabe afirma que, “*sem a inclusão dos chamados meios consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, não teremos um verdadeiro acesso à justiça*”, mas que “*em algumas espécies de controvérsias (...) faltaria o requisito da adequação à solução dada pelo critério da adjudicação*” (Watanabe, 2019, p. 82).

728 O art. 3º da Lei de Mediação restringe, contudo, a direitos disponíveis e a direitos indisponíveis que admitam transação a mediação em território nacional.

729 Informe sobre el impacto del mecanismo de solución amistosa, Segunda Edição, 1 de março de 2018, p. 31.

belecida por consenso, é medida de extrema eficácia não apenas para o retorno ao *status quo* de geração de renda e segurança financeira, mas também pela dignidade e honra da vítima.

Para assegurar que a solução adotada respeite os direitos humanos e, simultaneamente, as necessidades e anseios da vítima (inserida em determinado contexto sócio cultural), a aplicação dos direitos humanos e a recomposição ao *status quo ante* devem variar a cada caso. Não há uma fórmula apriorística para a máxima efetividade do direito, da mesma forma que não o há para a reparação integral.

Como aponta o informe da Comissão⁷³⁰, verificou-se que uma das vantagens da solução amistosa é a possibilidade de peticionários e Estado acordarem a forma como será reestabelecido o direito violado e identificar quais outras medidas podem ser implementadas para reparar as consequências da suposta violação. Trata-se de as partes se apoderarem das soluções dos seus próprios conflitos, tendendo a uma composição mais efetiva, na medida em que a resolução do problema não é entregue a terceiros, mas está ao alcance dos próprios envolvidos. Por isso, a solução consensual não apenas é compatível com a reparação integral, como é mais adequada a tal finalidade do que a heterocomposição, razão pela qual é e deve ser estimulada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Há, todavia, um longo caminho para a plena percepção a esse respeito. A título meramente ilustrativo (porque o presente trabalho não se debruça especificamente sobre o Governo brasileiro), tem-se que o Brasil firmou tão somente dois acordos por meio do procedimento de soluções amistosas em 2003⁷³¹ e 2006⁷³². A deficiência de transações há de ser multicausal, porém com relevante fator relacionado à cultura do litígio. Cultura esta que pode e deve ser superada com soluções consensuais.

730 Informe sobre el impacto del mecanismo de solución amistosa, Segunda Edição, 1 de março de 2018, p. 43.

731 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *José Pereira*, Brasil, Relatório No. 95/03, Caso No. 11.289, Solução Amistosa, 24 de outubro de 2003. Tratava-se de caso apresentado por Américas Watch e Centro pela Justiça e o Direito Internacional, questionando a existência de trabalho em condições análogas à escravidão em fazenda denominada “Espírito Santo”. Estabeleceu-se (i) o reconhecimento público, em cerimônia, de responsabilidade internacional, por omissão de agentes estatais na prevenção da ocorrência de grave prática e na punição de atores individuais das violações denunciadas; (ii) compromisso de melhores esforços para cumprimento de prisão contra acusados dos referidos crimes; (iii) pagamento de medida pecuniária, de indenização em valor de cinquenta e dois mil reais; (iv) adoção de melhorias legislativas; (v) adoção de medidas de fiscalização e repressão de trabalho escravo, além de sensibilização contra trabalho escravo.

732 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Meninos Emasculados do Maranhão*, Brasil, Relatório No. 43/06, Casos No. 12.426 e 12.427, Solução Amistosa, 15 de março de 2006. Tratava-se de caso apresentado pelo Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente Padre Marcos Passerini e Centro de Justiça Global a respeito do homicídio das crianças Raniê Silva Cruz em 1991, de Eduardo Rocha da Silva e Raimundo Nonato da Conceição Filho, em 1997, todas no Estado do Maranhão. O acordo entabulado previu compromissos do Estado Brasileiro a atingir não somente as vítimas expressamente veiculadas em ambos os casos, mas também uma lista de outras crianças mortas ou violadas na região. Contemplou: (i) o reconhecimento da responsabilidade do Estado Brasileiro, com declaração de insuficiência das investigações anteriores e reconhecimento, em cerimônia pública, da responsabilidade do Estado Brasileiro, (ii) compromisso de apuração e responsabilização de réu confesso, com respeito aos direitos humanos deste, (iii) adoção de medidas de reparação simbólica (com placa de homenagem) e material, com inclusão das famílias em programas de habitação de interesse social, programas de transferência de renda e pagamento de pensão mensal de R\$ 500,00 por quinze anos, (iv) inclusão do Estado do Maranhão em programa de enfrentamento à violência sexual contra crianças e inclusão de determinados municípios no Programa Sentinela, dentre outras providências, visando também ao atendimento escolar e à assistência jurídica, (v) monitoramento a cada 4 meses do cumprimento do acordo.

BIBLIOGRAFIA

- ARECHAGA, Patricia; BRANDONI, Florencia; FINKELSTEIN, Andrea. *Acerca de la clinica de mediación: relato de casos*. Buenos Aires: Libreria Histórica, 2004.
- BELLOUL, Dahlia. *A meditation on mediation*. Commercial Dispute Resolution, April 04, 2014. Disponível em: <https://www.cdr-news.com/categories/arbitration-and-adr/featured/4889-a-meditation-on-meditation>, acesso em 07.04.2019, 19h04.
- BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação: uma experiência brasileira*. São Paulo: CLA Editora, 2017.
- CALLE, Javier La Rosa. “El Acceso a la justicia como condición para una reforma judicial en serio”. *Derecho PUCP*, 62, 2009, p. 115-128. HeinOnline.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988 (reimpresso 2002).
- CHIESI FILHO, Humberto. *Um novo paradigma de acesso à justiça: autocomposição como método de solução de controvérsias e caracterização do interesse processual*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DE SCHUTTER, Olivier. *International Human Rights Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- HANFT, Noah. The applicability of corporate dispute resolution principles to world conflicts. *New York Law Journal*, November 27, 2017. Disponível em: <https://www.cpradr.org/news-publications/articles/2017-11-27-the-applicability-of-corporate-dispute-resolution-principles-to-world-conflicts>, acesso em 07.04.2019, às 18h53.
- LIMA JR., Asdrubal Nascimento. “Os Desafios da Mediação no Brasil”. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coords.). *Temas de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Lex Editora, 2017, p. 68/69.
- NASCIMBENI, Asdrubal Franco; BERTASI, Maria Odete Duque; RANZOLIN, Ricardo Borges (Coords.). *Temas de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Lex Editora, 2017.
- OLIVEIRA, Lauro Ericksen Cavalcanti. Conflitos sociais e mecanismos de resolução de conflitos: uma análise dos sistemas não judiciais de composição de litígios. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 15, n. 107, 2014. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/124/116>, acesso em 21.03.2019, às 19h30.
- ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa e a efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 18, n. 115, 2016. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1148/1156>, acesso em 21.03.2019, às 20h40.
- PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.). *Conversações abolicionistas*. São Paulo: IBCCRIM: PEPG de Ciências Sociais da PUC-SP, 1997. P. 291 Monografias, 4.
- PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ROJAS, Claudio Nash. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. E-book. 2ª Edição. Santiago: Andros Impresiones, 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r15428.pdf> Acesso em 28.11.2019, 17h.
- ROVAI, Armando Luiz; PAPA, Amedeo. *Cooperação e Especialização no Judiciário*. In: Valor, E2, Caderno Legislação & Tributos, São Paulo, dias 01 e 02 de maio de 2018.
- SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. *O Que É Mediação de Conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- SANTOS, Jonábio Barbosa dos; QUIRINO FILHO, João de Deus; PEREIRA, Guerrison de Araujo. *Os mecanismos de solução de controvérsia no Mercosul: uma análise sobre o protocolo de Olivos*. In: *Revista Jurídica da Presidência*, v. 9, n. 89, 2008. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/249/237>, acesso em 21.03.2019, às 21h25.

SIRI, Andrés Javier Rousset. *El concepto de Reparación Integral en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: Revista Internacional de Derechos Humanos, ISSN 2250-5210 / 2011, Año I. Disponível em: <http://www.cladh.org/wp-content/uploads/2012/07/a1-n1-2011-art03.pdf>, acesso em 29.11.2019, às 14h15.

URY, William. *Como Chegar ao Sim com Você Mesmo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

VALERIO, Marco Aurelio Gumieri. “Os meios alternativos de resolução de conflitos e a busca pela pacificação social.” IN: *Revista de Direito Privado*, vol. 69/2016, p. 15-27, Set/2016, DRT/2016/23053.

VARELLA, Marcelo D.; MONEBHURRUN, Nitish; GONTIJO, André Pires. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas: modelos, processos, ética e aplicações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça – processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS: DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DA ARGENTINA E DO BRASIL

Adriano Da Silva Ribeiro

RESUMO: O objetivo é compreender o tema demora excessiva da duração do processo judicial no ordenamento jurídico da Argentina e no Brasil, a partir da garantia prevista na Convenção Americana dos Direitos Humanos de ser ouvido “com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável”. Para tanto, por meio de revisões bibliográficas, fixou-se que o tratado internacional e a doutrina denotam uma tendência mundial em positivar o direito ao processo sem dilações indevidas. Contudo, o reflexo do descumprimento de mencionado preceito gera o dever de indenizar os danos decorrentes. Pretendeu-se análise da legislação, estudo doutrinário de renomes argentinos e brasileiros, justamente para compreender a necessidade de criação jurisprudencial, a fim de assegurar ao particular prejudicado a indenização cabível a ser paga pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de ser ouvido. Direito Fundamental. Razoável duração do processo. Violação. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Apontamentos sobre direitos humanos fundamentais; 2.1 As quatro gerações de direitos; 2.2 Os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos; 2.3 A importância da organização das nações unidas; 3. convenção americana dos direitos do homem – pacto de são josé da costa rica; 4. tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico do brasil e da argentina; 4.1 no ordenamento jurídico do brasil; 4.2 no ordenamento jurídico da argentina; 5. principais julgados da corte interamericana de direitos humanos; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O artigo objetiva compreender o tema duração do processo judicial no ordenamento jurídico da Argentina e do Brasil, a partir da garantia prevista na Convenção Americana dos Direitos Humanos de ser ouvido “com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável”.

Sendo estudo comparativo, pretendeu-se analisar a legislação, também estudo doutrinário de juristas argentinos e brasileiros, a fim de se compreender melhor o tema.

De importância para a validação do direito à razoável duração do processo, seja definido como princípio, seja como instituto, é a compreensão de seu movimento histórico, o que se faz a partir do resgate e análise da evolução dos Direitos Humanos. Nesse sentido, em face da essencialidade no conceito dos princípios fundamentais, previsto no Tratado de San José da Costa Rica e na Carta de Direitos Humanos da União Europeia, as dila-

ções indevidas no processo são combatidas. Registre-se que foi com a Revolução Francesa de 1789 que os direitos fundamentais ganharam universalidade, pois as declarações de direitos eram fundadas em base filosófica e teóricas, destacando-se o “Contrato Social”, de Rousseau, e as concepções jusnaturalistas. Surge, então, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em que se exige, no artigo 16, a garantia dos direitos fundamentais e a separação de Poderes, justamente, para se ter Constituição. Verifica-se, nesse contexto, o caráter de universalidade e permanência dos direitos naturais. Anote-se que na Convenção Europeia dos Direitos dos Homens, para esclarecer a relevância até então inédita, mediante reserva de distintos dispositivos, no artigo 5º, reservado aos “direitos à liberdade e à segurança”. O estudo mostra que, ao indivíduo que comete crime e é preso, assegura-se “o direito a ser julgado num prazo razoável”.

Assim, o estudo apresentado da Convenção Americana dos Direitos do Homem pretende enfatizar que o tempo de tramitação dos processos foi regulado em dois diferenciados artigos, quais sejam, o artigo 7º, que trata da liberdade pessoal, em sentido lato; o artigo 8º, devotado às garantias judiciais.

Para o desenvolvimento do estudo, o tipo de investigação na pesquisa é jurídico-descriptivo ou compreensivo. Os dados utilizados na investigação têm natureza primária e secundária, utilizando-se informações advindas da legislação, coleta de dados extraídos de livros, artigos e doutrinas.

Os procedimentos metodológicos empregados são a análise de conteúdo e interpretação de normas e teorias, pois com esses procedimentos é possível a construção de conceitos específicos e de discursos orientados para o entendimento sobre o estudo comparado. Os tipos de pesquisa usados foram a bibliografia e a documental. Na bibliografia, procedeu-se ao levantamento da literatura pertinente ao tema para a coleta de informações, dados e conteúdos necessários ao trabalho; e na documental à análise de legislação tanto do Brasil quanto da Argentina.

O artigo possui capítulo introdutório. O segundo capítulo apresenta noções sobre direitos humanos fundamentais. O capítulo terceiro cuida da Convenção Americana de Direitos Humanos, com destaque para os dispositivos que tratam do prazo razoável. No quarto capítulo, compreender-se-á, no ordenamento jurídico do Brasil e da Argentina, a aplicação dos tratados de direitos humanos. Na sequência, serão apresentadas algumas jurisprudências e os precedentes quanto à violação à duração razoável do processo da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com competência para julgar casos de violação à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em seguida, apresentam-se considerações finais, trazendo assertivas a respeito dos elementos que possibilitam a compreensão do tema tanto no Brasil quanto na Argentina.

2. APONTAMENTOS SOBRE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

As expressões “direito do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas, a despeito de haver quem as distinga para o seguinte fim: “direitos do homem são válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente” (CANOTILHO, 2002, p. 393).

Ensina José Joaquim Gomes Canotilho que os direitos do homem seriam, pois, expressos pela própria “natureza do homem e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal”, ao passo que os direitos fundamentais “seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (CANOTILHO, 2002, p. 391).

Na tentativa de explicitar a síntese de evolução da doutrina dos direitos fundamentais, Enrique Ricardo Lewandowski salienta que é necessário, para compreender os “multifacetados modelos jurídicos” a eles correspondentes (os direitos fundamentais), levar em conta os fatos e valores que se lhes incorporaram ao longo de sua evolução. Complementa afirmando que isso já foi razão de muitos autores falarem em diferentes “gerações de direitos”, considerando as várias épocas históricas em que apareceram – “e esse desenvolvimento ao longo de gerações faz com que os direitos humanos sejam ontologicamente distintos, especialmente no tocante a sua eficácia” (LEWANDOWSKI, 2003, p. 411-422).

A conceituação do que sejam direitos fundamentais tem como base a evolução da história do próprio homem. Anota José Afonso da Silva que, no Brasil, “direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição”. E conceitua: “a expressão direitos fundamentais do homem ‘são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.’” (SILVA, 2001, p. 182-183).

Anote-se que os direitos individuais, entendidos como inerentes ao homem e oponíveis ao Estado, surgiram em fins do século XVIII, com as declarações de direitos na França e nos Estados Unidos. Não existiram na Antiguidade grega e romana, não obstante a referência estoicista às ideias de dignidade e igualdade. A *polis* grega e a *civitas* romana absorviam o homem na sua dimensão individual, não se manifestando a liberdade como direito autônomo: livre era o cidadão que gozava de capacidade para se integrar no Estado, participando das decisões políticas. Mesmo nas Artes e na Religião, não se concebia o homem na sua individualidade, já que era absorvido pelo todo, como dimensão da comunidade política (CARVALHO, 2008).

O cristianismo, portanto, é o marco inicial dos direitos fundamentais, manifestados nas parábolas de Jesus sobre o reino dos céus: a César o que é de César e a Deus o que é de Deus (CARVALHO, 2008).

Na Inglaterra medieval, afirma Kildare Gonçalves Carvalho (2008), os direitos fundamentais foram marcados pelo pragmatismo e significaram concessões ou privilégios para a Igreja, nobreza, corporações, não se reconhecendo direitos universais, mas concretos, em relação aos que os subscreviam: a Magna Carta se obrigava a respeitar alguns direitos, como o direito à vida, a administração da justiça, garantia do processo criminal, a *Petition of Rights*, de 1628, assinada por Carlos I, o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), assinado por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1689, subscrito por Guilherme de Orange (CARVALHO, 2008, p. 671).

No entanto, foi com a Revolução Francesa de 1789 que os direitos fundamentais ganharam universalidade, pois as declarações de direitos, que, inclusive, constavam de documento à parte do texto da Constituição, eram fundadas em base filosófica e teóricas, destacando-se o “Contrato Social”, de Rousseau, e as concepções jusnaturalistas (CARVALHO, 2008).

A partir de 1789, surge, na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, onde se afirma, no artigo 16, que “toda sociedade em que não esteja assegurada a garantir dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação de Poderes não tem Constituição” (CARVALHO, 2008, p. 671). Verifica-se, assim, íntima conexão entre os direitos fundamentais e o princípio da separação dos Poderes, e o caráter de universalidade e permanência dos direitos naturais: “Todos os homens nascem livres e iguais em direitos”.

2.1 AS QUATRO GERAÇÕES DE DIREITOS

Nesta perspectiva histórica, consideram como direitos de primeira geração aqueles que englobam os direitos individuais e os direitos políticos. Com o advento do Estado Social do pós-guerra (1914-1918), os direitos fundamentais sofreram alterações com as restrições ao direito de propriedade, para atender à sua função social e, em termos genéricos, à intervenção do Estado do domínio econômico e social.

A concepção liberal-burguesa do homem abstrato e artificial foi substituída pelo conceito do homem em sua concretude histórica, socializando-se, então, os direitos humanos. O Estado deixa de ser absenteísta para assumir postura ativa, de quem são exigidas prestações para que sejam assegurados os direitos sociais (habitação, moradia, alimentação, segurança social). Nos países totalitários, estabelece-se o primado do econômico e do social sobre o individual, com a coletivização dos meios de produção, buscando-se a igualdade material como condições de liberdade. Enfim,

predomina uma concepção transpersonalista dos direitos fundamentais (CARVALHO, 2008, p. 197).

Surtem, então, os direitos sociais como direitos de segunda geração.

Paralelamente a essa evolução histórica, e como decorrência das violações dos direitos humanos, inicia-se no segundo pós-guerra (1939-1945) a internacionalização dos direitos fundamentais.

É assinada em Paris, no dia 10.12.1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem; em 1966, são votados os Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e de Direitos Cívicos e Políticos; e, em 1969, os Estados americanos assinam, em São José da Costa Rica, a Convenção Americana dos Direitos do Homem, para citarmos alguns exemplos.

Tem se falado em uma terceira geração de direitos, como o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à co-participação do patrimônio comum do gênero humano, chamados de direitos de solidariedade. Assinale-se que o direito à paz pode ser extraído do artigo 20 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966.

Vem consagrando, ainda, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981, cujo art. 23, alínea 1ª, dispõe: “Os povos têm direito à paz e à segurança tanto no plano nacional como no plano internacional”.

Prevê a aliena 2ª, do art. 23, a garantia deste direito.

Artigo 23º

1. Os povos têm direito à paz e à segurança, tanto no plano nacional como no plano internacional. O princípio da solidariedade e das relações amistosas implicitamente afirmado na Carta da Organização das Nações Unidas e reafirmado na Carta da Organização da Unidade Africana deve dirigir as relações entre os Estados.

2. Com o fim de reforçar a paz, a solidariedade e as relações amistosas, os Estados Partes na presente Carta comprometem-se a proibir:

- a) que uma pessoa gozando do direito de asilo nos termos do artigo 12º da presente Carta empreenda uma atividade subversiva contra o seu país de origem ou contra qualquer outro Estado Parte na presente Carta;
- b) que os seus territórios sejam utilizados como base de partida de atividades subversivas ou terroristas dirigidas contra o povo de qualquer outro Estado Parte na presente Carta.

O direito ao patrimônio comum da humanidade pode ser extraído da Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, adotada pela ONU - Organização das Nações Unidas, em 1974, em relação ao fundo do mar e seu subsolo. No que se refere ao direito ao desenvolvimento, sua titularidade seria individual e coletiva.

Uma Declaração sobre o assunto, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1986, estabeleceu que:

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos têm o direito de (*are entitled to*) participar, contribuir e usufruir do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais podem ser realizados.

Seria o direito de ter direitos, para pessoas e povos, com reflexo na própria ideia de cidadania. O reconhecimento de uma terceira geração de direitos não deve, contudo, levar ao entendimento de que as categorias de direitos humanos sejam antinômicas. De fato, direitos individuais, políticos, sociais, coletivos e os de solidariedade, historicamente mais recentes, interagem e se complementam sem concorrerem ou se excluírem mutuamente. Quer-se, afirma Kildare Gonçalves Carvalho, dizer que os direitos humanos são indivisíveis, porque todos eles são inerentes e convergentes para a pessoa humana, e a realização plena dos direitos civis e políticos é impossível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais (CARVALHO, 2008, p. 674).

A propósito, foi o que constou da Declaração de Viena, aprovada na II Conferência Mundial de Direitos Humanos, 1993: “Todos dos direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”.

Menciona-se, finalmente, para fins deste estudo, que se tem identificado direitos humanos de quarta geração que compreenderiam os direitos das minorias, de que são expressões o direito à democracia, o direito ao pluralismo e o direito à informação.

2.2 OS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A Carta das Nações Unidas, datada de 1945, institui a Organização das Nações Unidas-ONU, cujo objetivo primordial é a proteção internacional dos direitos humanos. A Assembleia Geral da ONU aprovou, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo conteúdo não possui obrigatoriedade, mas traça modelos de comportamento a serem seguidos pelos Estados no âmbito internacional.

Com a Declaração dos Direitos Humanos começa nova fase de promoção e garantia dos direitos humanos no direito internacional, rompendo as balizas nacionais e concorrendo para sua defesa em âmbito externo.

Para Antônio Cançado Trindade (2002, p. 09), “a crescente atuação das organizações internacionais tem sido um dos fatores mais marcantes na evolução do direito internacional contemporâneo”. O surgimento dessas organizações trouxe certo equilíbrio às relações internacionais:

[...] com o advento das organizações internacionais, os Estados perderam o monopólio da condução das relações internacionais e não podem ignorar ou negligenciar os esforços de tais organizações em assegurar o respeito e a observância das normas de Direito Internacional. (TRINDADE, 2002, p. 662).

Há, ainda, os sistemas regionais de proteção de direitos humanos, de caráter complementar à Organização das Nações Unidas, de acordo com a *Comission to Study the Organization of Peace*,

[...] para ser afirmado que o sistema global e o sistema regional para a promoção e proteção dos direitos humanos não são necessariamente incompatíveis; pelo contrário, são ambos úteis e complementares. As duas sistemáticas podem ser reconciliáveis em uma base funcional: o conteúdo normativo de ambos os instrumentos internacionais, tanto o global como o regional, devem ser similares em princípio, refletindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é proclamada como um código comum a ser alcançado pro todos os povos e todas as Nações. O instrumento global deve conter um standard normativo mínimo, enquanto que o instrumento regional deve ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros, levando em consideração as diferenças peculiares em uma mesma região ou entre uma região e outra. O que inicialmente parecia ser uma séria dicotomia – o sistema global e o sistema regional de direitos humanos – tem sido solucionado satisfatoriamente em uma base funcional. (GOMES; PIOVESAN, 2000, p. 24).

A estrutura do sistema regional das Américas, sobretudo importante no presente estudo, fixa-se na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela IX Conferência Internacional Americana, em abril de 1948, na cidade de Bogotá. Seu principal documento é a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto da San José da Costa Rica, celebrado em 1969.

O sistema regional europeu baseia-se na Convenção Europeia de Proteção aos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950, a qual estabelece a Corte Europeia de Direitos Humanos, sendo este sistema o mais adiantado em termos de reconhecimento da capacidade postulatória ativa de seus indivíduos.

A Convenção de Viena, celebrada em 1969, chamada de Lei dos Tratados, entrou em vigor no ano de 1980, surgiu para regulamentar a formação dos tratados internacionais, os quais se aplicam aos Estados que o adotaram expressamente ou se seu conteúdo fizer parte do costume internacional, hipótese em que não há a necessidade de que o Estado seja parte do tratado para se submeter a ele (ao costume admitido).

2.3 A IMPORTÂNCIA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

No ano de 1945, representantes de 50 Países se reuniram em São Francisco, na Califórnia, para discutirem a questão dos direitos humanos. Na reunião, consentiram que a proteção do indivíduo não fosse talhada pelas fronteiras da nacionalidade, mas transcendesse às normas estatais de cada País.

O resultado dessa reunião foi a Carta das Nações Unidas, sendo tratado que tem como objetivo primordial a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, assegurando a cooperação internacional em busca da paz e segurança mundiais e relações amistosas entre as nações na cooperação para a interação sobre a ordem social, econômica e cultural.

A ONU – Organização das Nações Unidas, criada em 24 de outubro de 1945, define então o momento do início dos esforços pela proteção às liberdades fundamentais. A bem sucedida experiência mudou o cenário do direito internacional, que passou a ser Direito solidário e de cooperação. Seus principais órgãos são a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela e a Secretaria Geral. A Corte Internacional de Justiça é seu órgão jurisdicional.

A Corte Internacional de Justiça ou Tribunal Internacional de Justiça, fundada em 1946, é o principal órgão judiciário da Organização. Sua sede é em Haia, na Holanda, de onde surgem suas outras denominações: Corte de Haia ou Tribunal de Haia. É composta por quinze juízes, eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança, escolhidos por saber e competência. Não pode haver mais de um juiz da mesma nacionalidade na composição da Corte. O mandato é de nove anos, possível a reeleição. Durante esse prazo, não podem os juízes ter outras atribuições que não sejam as relacionadas à Corte. Tem como principal função examinar as questões que lhe são submetidas pelos Estados-membros, também prestar aconselhamento sobre assuntos de ordem legal, previstos na Carta das Nações Unidas e nos tratados e convenções em vigor, que lhe são submetidos pela Assembleia Geral ou pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, ou ainda por agências especializadas autorizadas pela Assembleia da Organização das Nações Unidas - ONU. Seu estatuto é seu principal documento, onde estão dispostas normas de constituição e regulamentação do Tribunal. Os Estados comprometem-se a aceitar a jurisdição da Corte de Haia por meio de tratados ou convenções que estipulem a possibilidade de recurso ao Tribunal ou ainda por meio de declaração nesse sentido. Dentre as funções do Conselho de Segurança está a responsabilidade pelo cumprimento de sentença, caso o Estado-parte se recuse ao seu acatamento.

Ainda em 1947, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas elaborou projeto de Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), aprovado por resolução da Assembleia Geral em dezembro de 1948.

A Organização das Nações Unidas é sujeito de direito internacional e sua personalidade jurídica internacional lhe permite assumir novas funções, além de desenvolver e expandir seu campo de atuação. Por outro lado, a imuniza contra possíveis ataques dos Estados-membros.

Por fim, a proteção dos mais importantes bens jurídicos do mundo, tendo o próprio homem sua essência, fez nascer nova concepção mundial de proteção supra-individual; enfoque no homem independente de ideologias, partidos ou facções, a unir

apenas o ideal de justiça, ou melhor, realização da dignidade da pessoa humana, da qual decorrem todas as outras prerrogativas.

3. CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS DO HOMEM – PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

A Convenção foi adotada em 1969 e é dividida em duas partes distintas: a primeira dedicada à proclamação de direitos e deveres e a segunda devotada à estruturação dos meios de proteção daqueles direitos.

Deve-se enfatizar que o tema do tempo de tramitação dos processos foi regulado em dois diferenciados artigos. O artigo 7º, que trata da liberdade pessoal, em sentido lato; o artigo 8º, devotado às garantias judiciais.

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Essa dupla garantia reforça a importância do fator tempo na tramitação de um processo judicial, além de por em relevo algumas características do direito fundamental quando aplicado ao processo criminal (artigo 7º).

Quanto ao prazo razoável para duração do processo (art. 8.1), enfatiza-se que o Tribunal (Corte IDH) afirmou: “tiene como finalidad impedir que los procesados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que la causa se decida prontamente”.

Na Argentina, Juan Carlos Hitters afirma que os juízes interamericanos, integrantes desse Tribunal, há mais de duas décadas trabalham no sentido de superar essa problemática de atraso no julgado de processos:

“En efecto, el Tribunal tantas veces aludido ha señalado que el derecho de acceso a la Justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. Este postulado se debe apreciar – ya lo anticipamos – en relación con la *duración ‘total’* del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicte la decisión definitiva, incluyendo los recursos, y el plazo comienza con el primer acto de procedimiento dirigido contra determinada persona como probable responsable de cierto delito. (HITTERS, 2010, p. 89-90)

Apresenta Juan Carlos Hitters comentários aos julgados do Tribunal, sustentando que a jurisprudência, desde antigamente, já decidiu que para determinar a razoabilidade do prazo, três elementos são valorados, quais sejam: “1) *la complejidad del asunto*, 2) *la actividad procesal del interesado*, y 3) *la conducta de las autoridades judiciales*”). E acrescentar, ainda, haver a Corte nos últimos tempos analisado a razoabilidade tomando em conta “*la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia*”. Por isso, entende Juan Carlos Hitters, foi constituído o quarto elemento que deverá estar presente para valorar globalmente a razoabilidade cronológica (HITTERS, 2010, p. 89-90). Continua assinalando que:

“... si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento *corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve ...*” (ênfasis añadido).

Otro adelanto moderno en esta temática es que la Corte ha entendido que el *plazo razonable* se debe computar *a partir de que por cualquier circunstancia, aun antes de la detención, se afecte la libertad en sentido amplio del ser humano y hasta que la sentencia quede firme*, como más adelante veremos (HITTERS, 2010, p. 89-90).

Afirma Juan Carlos Hitters:

Observamos la gran importancia que tiene esta doble influencia de las Convenciones sobre derechos humanos, en especial el Pacto de San José de Costa Rica, ya que por un lado incorpora a la legislación interna un conjunto de normas y principios que permiten reforzar el debido proceso legal en el sector doméstico, y por otro les da a la Corte y a la

Comisión la responsabilidad de controlar los actos del Estado en cualquiera de sus tres poderes, y en particular al Judicial (HITTERS, 2010, p. 119).

No Brasil, são protegidos constitucionalmente não só os direitos individuais, como nos Tratados Internacionais que ratificar, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Com efeito, sendo os Pactos Internacionais assinados pelo Brasil, pela Argentina, pelo Paraguai e pelo Uruguai, permitirão que todo indivíduo tenha direito fundamental à prestação jurisdicional sem dilações indevidas.

No item seguinte, será possível compreender a aplicabilidade e efetividade dos tratados internacionais assinados pelos países objeto deste estudo, quanto ao direito fundamental à razoável duração do processo e, ainda, as decisões dos Tribunais.

4. TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO BRASIL E DA ARGENTINA

Neste capítulo, em face de essencialidade no conceito dos princípios fundamentais, previsto nos Sistemas Internacionais de Direito Humanos, com destaque para o Tratado de São José da Costa Rica, pretende-se compreender, portanto, a efetivação dos direitos fundamentais à luz das garantias constitucionais individuais, tanto da Argentina e quanto do Brasil. Assim, com a finalidade de verificar quanto a aplicação do direito fundamental à razoável duração do processo ou do direito de ser ouvido “com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável”.

4.1 NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO BRASIL

É fundamento da República a preservação da dignidade humana, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição da República (BRASIL, 1988). Nas relações internacionais, conforme prevê o art. 4º, inciso II, da Constituição de 1988, há a prevalência dos direitos humanos, princípio que regerá as relações do Brasil com os demais Estados Internacionais:

Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II – prevalência dos direitos humanos;

[...] (BRASIL, 1988)

A referida Constituição, no art. 60, § 4º, inciso IV, definiu-se, como Cláusula Pétrea, entre outras, os Direitos e Garantias Individuais, que a doutrina admite tratar-se não só daqueles previstos nos incisos do art. 5º, da Constituição, como os nela

espalhados e, ainda, aqueles que, em decorrência do art. 5º, § 2º, integram um verdadeiro sistema de proteção dos direitos humanos.

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, são protegidos constitucionalmente não só os direitos individuais contidos no citado art. 5º, como nos Tratados Internacionais que o Brasil ratificar, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Sobre isso, bem afirmou Antônio Augusto Cançado Trindade:

Assim, a novidade do art. 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avance, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. (TRINDADE, 1991, p. 631).

Sob outra ótica, afirma Flávia Piovesan, a respeito do conteúdo do art. 5º, parágrafo 2º:

[...] senão se tratasse de matéria constitucional ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes oferece o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e completam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo texto constitucional. (PIOVESAN, 2000, p.75-76).

Registre-se que a Emenda Constitucional n. 45/2004, estudada no item anterior, autorizou que os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos

ingressem na Ordem Jurídica nacional equivalendo a Emendas Constitucionais, desde que aprovados em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, pelo voto de três quintos dos respectivos membros (art. 5º, § 3º, CR/88).

O Estado Brasileiro, portanto, inseriu a duração razoável do processo entre o rol de direitos e garantias fundamentais, embora o sistema já assim previsse desde a integração do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos do Homem). O Brasil é signatário deste Pacto, eficaz no plano internacional desde 1978, desde a edição do Decreto nº 27, de 26 de maio de 1992, com adesão do Brasil em setembro do mesmo ano (BRASIL, 1992).

Deve-se observar, no entanto, que a aplicabilidade imediata de normas inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de Tratados Internacionais, que disciplinam garantias e direitos humanos são incorporadas automaticamente e possuem *status* constitucional. Flávia Piovesan ensina que:

[...] relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a constituição brasileira de 1988, nos termos do art. 5º, §3º, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados (...) a Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o status de norma constitucional, por força do art. 5º, § 2º. (PIOVESAN, 2007, p. 111)

No mesmo sentido, Fernando Luiz Ximenes Rocha:

[...] posição feliz do nosso constituinte de 1988, ao consagrar que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte recebe tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do dispositivo nos §§ 1º e 2º do artigo 5º, da Constituição Federal. (ROCHA, *apud* MORAES, 2003, p. 309).

De certo, o princípio da razoável duração do processo não é tão recente no ordenamento jurídico brasileiro, certamente, espera-se que a elevação à condição de direito fundamental positivado, permita maior efetividade. Neste aspecto, seria importante para a própria efetividade do dispositivo constitucional a imposição de sanção aos Tribunais ou órgãos administrativos que desrespeitassem o referido princípio.

A Emenda Constitucional promulgada no dia 08 de dezembro de 2004, pelo Congresso Nacional, sob o número 45, acrescentou, portanto, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no art. 5º, o inciso LXXVIII, com a seguinte redação:

Art. 5º [...]

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são asseguradas a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, 1988)

Portanto, o dispositivo acima transcrito regulamenta, pontualmente, o dever de agir do magistrado e consequente imputação de responsabilidade de natureza civil acaso descumprido, o que permitiria concluir pela aplicação da responsabilidade em confronto com o que dispõe a regra geral do art. 37, §6º, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

4.2 NO ORDENAMENTO JURÍDICO DA ARGENTINA

Quanto à origem constitucional na Argentina e os Tratados Internacionais, registram-se, inicialmente, as palavras de Ariel E. Dulitzky:

La Argentina, desde sus orígenes constitucionales, ha mostrado una cierta apertura a los tratados internacionales. Hace más de 140 años Juan Bautista Alberdi, el ideólogo de la Constitución argentina sustancialmente vigente hoy en día, creía que: “Cada tratado será un ancla de libertad puesta a la Constitución. Si ésta fuera violada por una autoridad nacional, no lo será en la parte contenida en los tratados, que se harán respetar por las naciones signatarias en ellos; y bastará que algunas garantías queden en pie para que el país conserve inviolable una parte de su Constitución, que pronto hará restablecer la otra”. (DULITZKY, 1997, 1)

A *Constitución de Lá Nación Argentina*, conforme Lei n. 24.430, de 1994, art. 75, inciso 22, incluiu a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Afirma Juan Vicente Sola (2010), quanto à reforma de 1994 da Constituição Nacional, importante incorporação em seu texto de certas declarações e tratados internacionais, especialmente sobre a proteção dos direitos humanos, dois quais, a Nação Argentina lá era parte. “*Se reformó asimismo el orden de jerarquías de los tratados Internacionales con respecto al ordenamiento jurídico interno*” (SOLA, 2010, p. 137).

Nesse sentido, a partir da reforma do ano de 1994, em consonância com a *Constitución de Lá Nación Argentina* (art. 75, inciso 22), a Convenção Americana de Direitos Humanos passou a ser norma supranacional de igual hierarquia, com as seguintes garantias:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (ARGENTINA, 1994).

Afirma Susana Albanese que se valoriza, no âmbito internacional e dos direitos humanos, o princípio da razoável duração do processo:

Ocupa um lugar destacado em los instrumentos internacionales de derechos humanos, com jerarquia constitucional o sin ella, el reconocimiento reiterado del derecho a um proceso sin dilaciones, ya se trate de acusaciones penales o de la determinación de otros derechos y obligaciones. (ALBANESE, 1998, p. 278)

Marcelo Medrano esclarece que diversas manifestações acerca do prazo razoável dos processos foram realizadas desde a incorporação dos tratados internacionais, ocorrida no ano de 1994, mediante reforma constitucional.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (arts. 18, 24 y 25) há recogido en sus cláusulas la importancia de las pautas temporales en los procesos judiciales. Se trata de uno de los derechos y garantías que componen el núcleo irreductible de los derechos humanos.

Podemos decir con la más autorizada doctrina, que los fundamentos de las normas acerca de procedimientos breves, pronta resolución de las peticiones y procesos regulares conforman un núcleo orgánico y sistémico que ampara el derecho al proceso en plazo razonable.

Convención Americana sobre Derechos Humanos: en numerosas disposiciones reconoce el concepto que aquí tratamos. De los artículos 5.5, 7.4, 7.5, 7.6, 8.1 debe coligirse necesariamente que el principio del plazo razonable es uno de los principios generales de aplicación e interpretación que informan y regulan el proceso.

[...]

Incompleta sería la mención si omitiéramos expresar que las interpretaciones, posiciones, exhortaciones y opiniones consultivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – en tanto promotora de la observancia y defensa de los Derechos Humanos y órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos – en relación a este tema son concluyentes, en el sentido que “el plazo razonable es uno de los requisitos fundamentales del debido proceso legal”.

Por su parte, La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha expedido acerca de limitar a un lapso razonable el proceso para la consecución de un debido proceso legal. Entre otros casos en *Genie Lacayo*.

Necesario es aquí expresar que las reglas e interpretaciones enunciadas gozan de la llamada supranacionalidad operativa y conforman derecho interno entre nosotros por su necesaria aplicación directa y la imperatividad y supremacía de sus normas. Lo dicho, de conformidad al artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional. (MEDRANO, p. 1)

Há, portanto, o reconhecimento da razoável duração do processo, a partir da aplicação das regras internacionais admitidas no ordenamento jurídico da Argentina.

Comenta Daniel Pastor (2009, p. 241-242) que, mesmo o direito a julgamento rápido integre o catálogo de garantias judiciais mínimos dos indivíduos, não é novidade desta época, “tampouco los tribunales argentinos se ocuparon del assunto hasta finales de la década de los años sesenta, al unísono prácticamente con su consagración positiva en la

CADH y de su reconocimiento por el TEDH en aplicación del art. 6.1 del Convenio de Roma fuente directa y textual del art. 8.1 de la CADH” (PASTOR, 2009, p. 241-242).

Importante registrar que a Lei de Organização e Competência dos Tribunais Nacionais, conhecida Lei 48, no artigo 6º estabelece: “Siempre que un Juez de Sección se excuse de conocer en una causa de su competencia, o retarde el administrar justicia, se podrá ocurrir a la Corte Suprema por el recurso de justicia denegada o retardada”.

O artigo 21, da referida lei, estabelece:

Los Tribunales y Jueces Nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los Tratados con Naciones extranjeras, las leyes particulares de las Provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido.

Portanto, em concordância com a *Constitución de Lá Nación Argentina*, Lei n. 24.430, de 1994, art. 75, inciso 22.

O objetivo deste tópico, portanto, foi entender a evolução das gerações de direitos fundamentais, bem como os tratados internacionais garantidores do direito à razoável duração do processo, ratificados e assinados tanto pela Argentina quanto pelo Brasil.

A partir do que foi exposto, no item seguinte, serão apresentados julgados quanto à violação à duração razoável do processo da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com competência para julgar casos de violação à Convenção Americana de Direitos Humanos.

5. PRINCIPAIS JULGADOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Os julgados, a seguir indicados, fixam os parâmetros em que incide a violação à duração razoável do processo, a partir do marco temporal de início e fim do processo; a complexidade do assunto; a atividade processual do interessado; a conduta das autoridades judiciais e os reflexos da demora na situação jurídica da pessoa envolvida no processo.

Em breve descrição, fornece-se os elementos para entendimento dos casos e das condenações, conforme passa-se a desenvolver.

Quanto ao marco temporal de início e fim do processo, em cumprimento ao artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o “prazo razoável” deve ser apreciado em relação à duração total do procedimento até a condenação definitiva. Nesse sentido, julgado o caso *Suárez Rosero c. Ecuador*; conforme ficou estabelecido no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*⁷³³.

733 *Suárez Rosero c. Ecuador*, Mérito, Sentença de 12 de novembro de 1997, Série C No. 35; *Gomes Lund e outros*

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Mémoli c. Argentina*, entendeu que o direito de acesso à justiça deve assegurar a definição dos direitos da pessoa dentro de um prazo razoável⁷³⁴. O Sr. Mémoli era réu na ação de origem, da qual não participou o Estado da Argentina, mas, mesmo assim, ambos não poderiam ter a definição de seus direitos e prolongado tempo de duração do processo. Ficou decidido, ainda, no que se refere ao Estado da Argentina não ter sido uma das partes no processo, não é suficiente para afastar a sua responsabilidade por eventual demora do exercício da jurisdição. A Corte fixou a data da constrição do patrimônio do Sr. Mémoli, que antecedeu o início da ação indenizatória, cujo prazo de duração foi um dos alvos da reclamação. No mesmo sentido, a Corte julgou no caso *Hilaire, Constantine, Benjamin e outros c. Trinidad e Tobago*⁷³⁵.

Quanto ao parâmetro complexidade do assunto, destacam-se os seguintes julgados. Complexidade da prova, caso *Anzualdo Castro c. Perú*⁷³⁶. Quantidade de partes, caso *Acosta Calderón c. Ecuador*⁷³⁷ e caso *López Álvarez c. Honduras*⁷³⁸. Quantidade de vítimas envolvidas no processo, caso *Vargas Areco c. Paraguai*⁷³⁹ e caso *Kawas Fernández c. Honduras*⁷⁴⁰. Tempo transcorrido entre a violação do direito e a propositura da ação, caso *Heliodoro Portugal c. Panamá*⁷⁴¹ e caso *Radilla Pacheco c. México*⁷⁴². Características do sistema recursal na legislação interna, caso *Salvador Chiriboga c. Ecuador*⁷⁴³. Contexto em que ocorreu a violação do direito, caso *Massacres de Ituango c. Colômbia*⁷⁴⁴.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Furlan e familiares c. Argentina*, analisou as circunstâncias do caso, seja quanto ao quesito quantidade de partes ou de vítimas envolvidas no processo, seja quanto à complexidade da prova. A Corte anotou que o pedido visava à compensação de danos infligidos a uma só pessoa e as ações fundadas na responsabilidade extracontratual desenvolvem-se de maneira mais simples do que outros processos judiciais. A ação foi proposta 2 (dois) anos após o acidente, concluindo a Corte que não havia complexidade a justificar 12 (doze) anos

(*Guerrilha do Araguaia*) c. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2010, Série C No. 219.

734 *Mémoli c. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 de agosto de 2013, Série C No. 265.

735 *Hilaire, Constantine, Benjamin e outros c. Trinidad e Tobago*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 21 de junho de 2002, Série C No. 94.

736 *Anzualdo Castro c. Perú*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009, Série C No. 202.

737 *Acosta Calderón c. Ecuador*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de junho de 2005. Série C No. 129.

738 *López Álvarez c. Honduras*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de fevereiro de 2006, Série C No. 14.

739 *Vargas Areco c. Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C No. 155.

740 *Kawas Fernández c. Honduras*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 3 de abril de 2009, Série C No. 196.

741 *Heliodoro Portugal c. Panamá*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C No. 186.

742 *Radilla Pacheco c. México*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de novembro de 2009, Série C No. 209.

743 *Salvador Chiriboga c. Ecuador*, Exceção preliminar, Mérito, Sentença de 6 de maio de 2008. Série C No. 179.

744 *Massacres de Ituango c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de julho de 2006, Série C No. 148.

de duração do processo. A síntese dos fatos, base para a reclamação, foi: Sebastian Furlan, então com 14 anos (dezembro de 1988), ingressou em prédio abandonado, que serviu de treinamento para militares do exército, e foi atingido por barra transversal de aproximadamente 50 kg na cabeça, o que lhe deixou imediatamente inconsciente. Em janeiro de 1989, depois de algumas cirurgias e longo período de coma teve alta. Em agosto de 1989, Sebastian Furlan tentou o suicídio, mas, sobreviveu e foi internado, diagnosticado com depressão grave. Em dezembro de 1990, Danilo Furlan, seu pai, propôs ação indenizatória contra o Estado da Argentina, pleiteando reparação pelos danos que foram causados a seu filho, julgada procedente em 2002. Em 1994, Sebastian Furlan foi denunciado criminalmente por seu tio, em razão de agressão injustificada em sua avó, uma senhora de 84 anos. Ficou alguns meses internado, sob custódia policial. Vale anotar que sua reclamação tramitava perante a Corte Interamericana, Sebastian Furlan tinha 30 anos, vivia com sua esposa, Lucia, e os dois filhos menores. O sustento da família provinha da singela pensão por invalidez, que lhe foi concedida apenas em 2009 pelo Governo argentino, e da atividade de venda de perfumes⁷⁴⁵.

Quanto à atividade processual do interessado, a Corte assentou a premissa de que o Estado no exercício da jurisdição não deve depender exclusivamente das partes, em termos de impor marcha ao procedimento. Ao apreciar o caso *Mémoli c. Argentina*⁷⁴⁶, acerca da quantidade de recursos interpostos pelas partes no curso do processo, no caso concreto mais de 30 (trinta), reconheceu, expressamente o Tribunal, que atrasou o procedimento. A Corte atribuiu a demora decorrente da quantidade excessiva de recursos ao Estado da Argentina, porque a possibilidade de interposição de variados recursos é fator objetivo, previsto em lei nacional.

Quanto aos reflexos da demora na situação jurídica da pessoa envolvida no processo, a Corte Interamericana considera que, em casos de pessoas vulneráveis, como é uma pessoa com deficiência, destaque para o caso *Furlan e familiares c. Argentina*, é imperativo tomar medidas adequadas, tais como priorizar a resolução dos processos por parte das autoridades responsáveis, a fim de evitar atrasos nos procedimentos de tramitação, de modo a garantir a sua pronta resolução e execução. O Tribunal considerou também o fato de o juiz do processo ter sido comunicado sobre as duas tentativas de suicídio de Sebastian Furlan, o que significava o dever de impor maior velocidade para a conclusão do processo.

Buscou-se compreender, portanto, em face de essencialidade no conceito dos princípios fundamentais, previsto nos Sistemas Internacionais de Direito Humanos, com destaque para o Tratado de São José da Costa Rica, o processo não pode ter dilações indevidas.

745 *Furlan c. Argentina*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2012, Série C No. 246.

746 *Mémoli c. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 de agosto de 2013, Série C No. 265.

Desse modo, reconhece-se, conforme análise realizada ao longo do tópico, que os Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos garantem a efetivação dos direitos fundamentais à luz das garantias constitucionais individuais, tanto da Argentina e quanto do Brasil, tornando-se eficaz a aplicação do direito fundamental à razoável duração do processo.

A partir do que foi exposto, podem ser traçados parâmetros, a serem utilizados no Poder Judiciário da Argentina e no Poder Judiciário do Brasil, para condenação pelo descumprimento da regra de razoável duração do processo e, ainda, para se exigir do juiz de direito o cumprimento de prazos legais e processuais, a fim de garantir a celeridade na atividade jurisdicional.

6. CONCLUSÃO

Por meio da análise desenvolvida neste artigo, foi possível apontar que há consenso sobre o problema da morosidade na atividade jurisdicional, conforme exposto, é tão consolidado mundialmente que importou em previsão nos Tratados Internacionais do dever dos Estados em garantir a celeridade na atividade jurisdicional.

Em se tratando de Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, o sistema regional europeu baseia-se na Convenção Europeia de Proteção aos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950, a qual estabelece a Corte Europeia de Direitos Humanos, sendo este sistema o mais adiantado em termos de reconhecimento da capacidade postulatória ativa de seus indivíduos.

Quanto ao direito a razoável duração do processo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, não lhe fazia alusão direta. Contudo, ao assegurar o direito a recurso efetivo ante as jurisdições nacionais competentes (art. 8º), ficou resguardada a perspectiva de temporalidade que se acha contida na noção de recurso efetivo.

A Convenção Americana dos Direitos do Homem – Pacto de São José da Costa Rica, adotada em 1969, é dividida em proclamação de direitos e deveres e à estruturação dos meios de proteção daqueles direitos. O tempo de tramitação dos processos foi regulado em dois diferenciados artigos (7º e 8º). Essa dupla garantia reforça a importância do fator tempo na tramitação de um processo judicial, além de por em relevo algumas características do direito fundamental quando aplicado ao processo criminal (artigo 7º).

Com efeito, sendo os mencionados Pactos Internacionais assinados pelo Brasil e pela Argentina, permitirão que todo indivíduo tenha direito fundamental à prestação jurisdicional sem dilações indevidas. No Brasil, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição da República. A “Constitución de Lá Nación Argentina”, conforme Lei n. 24.430, de 1994, art. 75, inciso 22, incluiu a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Diante disso, alguns julgados fixam parâmetros quanto à violação à duração razoável do processo, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), casos de violação à Convenção Americana de Direitos Humanos. Nos julgados pesquisados admitem-se a condenação dos Estados que violem a duração razoável do processo, mediante os seguintes parâmetros: a partir do marco temporal de início e fim do processo; a complexidade do assunto; a atividade processual do interessado; a conduta das autoridades judiciais e os reflexos da demora na situação jurídica da pessoa envolvida no processo.

Desse modo, reconhece-se que os Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos garantem a efetivação dos direitos fundamentais à luz das garantias constitucionais individuais, tanto da Argentina e quanto do Brasil, tornando-se eficaz a aplicação do direito fundamental à razoável duração do processo.

BIBLIOGRAFIA

- ABDALA, Kaliny Belchior. *Proteção constitucional/internacional do direito à razoável duração do processo*. 2008. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.
- ALBANESE, Susana. El Plazo Razonable em los procesos internos a la luz de los órganos internacionales. In: *La Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Del Puerto. CELS, Buenos Aires, 1998, p. 278.
- ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Sopena, Buenos Aires, 1957.
- ALEX, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y constitucionales, 2002.
- ALFERILLO, Pascual E.; RUGNA, Agustín. La responsabilidad del Estado por la actividad judicial en la doctrina de la Corte Federal. *Revista La Ley*, t. 2006-E-468, Buenos Aires.
- ALSINA, Hugo; *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*; T.I., Ediar, Bs.As., 1963.
- ALVAREZ, Eduardo Mario Martínez. La garantía del debido proceso y el plazo razonable de su substanciación. *Revista Conceptos*, ano 78, n. 2, Buenos Aires, Mayo – Junio / Julio – Agosto 2003, p. 65-67.
- ARAÚJO, Camila Almeida. Direito Processual Civil Argentino. In: SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Direito Processual Civil Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 39-60.
- ARGENTINA. Ministerio de Justicia de la Nación. *Plan Nacional de Reforma Judicial. Propuestas para la Reforma del Sistema de Justicia*. Buenos Aires: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales y Ministerio de Justicia de la Nación, 1999.
- ARGENTINA, Consejo de la Magistratura de la Nación. Disponível em: <http://www.consejomagistratura.gov.ar/>. Acesso em 07 jan. 2020.
- ARGENTINA, *Poder Judicial de La Nación*. Disponível em: <https://www.pjn.gov.ar/>. Acesso em 07 jan. 2020.
- ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. BASES PARA LA REFORMA PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL. Disponível em: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2017/07/Doctrina3072.pdf>. Acesso em 04 dez. 2019.
- ARGENTINA. PODER JUDICIAL DE LA NACION. OFICINA DE ESTADÍSTICAS. Disponível em: https://www.pjn.gov.ar/07_estadisticas/. Acesso em 06 dez. 2019.
- ARGENTINA. Comisión Nacional de Acceso a Justicia. Disponível em: <http://www.cnaj.gob.ar/cnaj/>. Acesso em 06 dez. 2019.

- ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- BEM, Camila de Castro Barbosa Bissoli do; CAMPISTA, Fábio Farias; HILL, Flávia Pereira. A duração razoável do processo e os parâmetros jurisprudenciais dos tribunais internacionais de direitos humanos. *Revista Brasileira de Direito Processual* – RBDPro. Belo Horizonte, ano 25, n. 99, p. 111-143, jul./set. 2017.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*. Ediar. Buenos Aires, 2000.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 2008.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. *Curso de direito internacional público*. 1. v. Belo Horizonte : Livraria Bernardo Álvares Editora, 1958.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Rede de Governança Colaborativa do Poder Judiciário*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/rede-de-governanca-colaborativa-do-poder-judiciario>. Acesso em: 28 dez. 2019.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Ed. Coimbra-Almedina, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.339-357.
- CARMO NETO, Manoel Bonfim do. O papel dos sistemas regionais na proteção dos Direitos Fundamentais. *Revista Mestrado em Direito*. Osasco, Ano 8, n.1, 2008, p. 309-326.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>. Acesso em: 30 dez. 2019.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Editora Moderna, 2008.
- DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Slaib Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- DULITZKY, Ariel. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado. Em: ABREGÚ, Martín, y COURTIS, Christian (comps.). *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, ps. 33 y siguientes.
- LEWANDOWSKI, Enrique Rricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade De São Paulo, 98, 411-422.
- GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, Cap. 6, p. 213-238.
- GOMES, Luiz Flávio (coord.); PIOVESAN, Flávia (coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. In: *Revista dos Tribunais*. [S.l. : s.n.], n. 710, dez. 1994. p. 21-31.
- HITTERS, Juan Carlos. *Las garantías judiciales en el Pacto de San José de Costa Rica*. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas. Pouso Alegre, v. 26, n. 2: 63-122, jul./dez. 2010.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos & relações internacionais*. 1. ed. Campinas : Agá Juris, 2000.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*. Ribeirão Preto: Nacional de Direito Livraria Editora, a. 1, v. 6, jun. de 2000. p. 26-50.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 53, jun. 2000. p. 83-106

MEDRANO, Marcelo. Plazo razonable em el Estado Constitucional de Derecho. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/43medrano.doc>. Acesso em 13 jan. 2020.

MELLO, Celso Albuquerque. *Direito Internacional Público*. Renovar, 2000.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6 ed. atual. Até EC 52/06. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006 – (Coleção temas jurídicos; 3).

MORELLO, Augusto M. *El proceso justo*. 2ª ed. La Plata: Librería Editora Platense. 2005.

NALINI, José Renato. Duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Marques da (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NOGUEIRA, José Marcelo Maia [et al]. Estudos exploratórios da eficiência dos Tribunais de Justiça estaduais brasileiros usando a análise envoltória de dados (DEA). *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 5, p. 1317-1340, 2012.

ONODERA, Marcus Vinícius Kiyoshi; CALANDRA, Henrique Nelson. Breves reflexões sobre a efetividade do processo e o papel do Juiz no Brasil. *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 190 t.1, p. 211-218, abr./jun. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242894/000923115.pdf?sequence=1>. Acesso em 11 dez. 2019.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.3, n.15, p.5-15, jan/fev 2002.

PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable em el proceso del Estado de derecho*. 1. ed., 1. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. 500p.

PASTOR, Daniel R. El llamado “impacto” de los tratados de derechos humanos en el derecho interno com especial referencia al Derecho procesal penal, en CDJP n. 9-C.

PIOVESAN, Flávia. *Declaração Universal dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas*. *Política Externa*, São Paulo, v. 17, n. 02. 2008.

PIOVESAN Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11 ed. São Paulo. Editora Saraiva 2010.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

RAMOS, André de Carvalho. *Proceso internacional de direitos humanos análise dos sistemas de apuração de violação de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. 1 ed.. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

RATKIEWICZ, Ana Carolina Machado. *O prazo razoável como Direito Humano de Acesso à Justiça no Mercosul*. Dissertação de Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Integração Latino-Americana - Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria, RS, Brasil, 2006. Disponível em: <http://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/9725/Ana%20Carolina.pdf?sequence=1>. Acesso em 14 dez. 2019.

REZEK, Francisco. *Direito Público Internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Adriano da Silva. *Liderança do Juiz para um direito fundamental à razoável duração do processo*. 2019, 261f. Tese (Doutorado) Universidad del Museo Social Argentino, Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Posgrado, Buenos Aires, 2019.

RIBEIRO, Adriano da Silva; GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça. A duração razoável do processo judicial no ordenamento jurídico da argentina e do brasil: a responsabilidade civil do estado. In: GOMES, Luiz Geraldo; CARMO, Valter Moura do (coord). *Proceso Civil* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA. Florianópolis: CONPEDI, 2019. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/048p2018/a6la0538/xyPW8ELtzCQhAQZR.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2020.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para eficácia dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo10.htm>. Acesso em: 24 jan. 2020.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (et al.). *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Andressa de Souza. A Corte Interamericana de Direitos Humanos. Revista Jurídica. Brasília, v. 8, n. 79, p.47-61, jun./jul., 2006

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SLAIBI FILHO, Nagib. Direito fundamental à razoável duração do processo. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3348>. Acesso em: 21 out. 2019.

SOLA, Juan Vicente. Manual de Derecho Constitucional. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2010.

TAKOI, Sérgio Massaru. A Luta pela razoável duração do processo (efetivação do art. 5º, LXXVIII, da CF/1988). Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 70/2010, p. 235-238, jan./mar.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais on line.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Judiciário Brasileiro e as Propostas de um Novo Modelo. Revista Ajuris: Doutrina e jurisprudência, ano. 26, n. 77, p.314-319, mar. 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Reforma do Judiciário: reflexões e prioridades. In: Dimensões do Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo de Camargo Vidigal, São Paulo: IOB, 2001, p. 55-61. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/369>. Acesso em: 13 dez. 2019.

TREPAT, Cristina Riba. La efcccia temporal del proceso: el juicio sin dilaciones indebidas. J.M. Bosch editor, Barcelona, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O direito internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

UNIÃO EUROPEIA. Carta de Direitos Fundamentais. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 18 de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em 13 jan. 2020.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Prazo razoável: direito à prestação jurisdicional sem dilações indevidas. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v. 22, p. 14-29, mar./abr. 2003.

A INTERPRETAÇÃO AMPLA DO DIREITO A SER OUVIDO COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO NO BRASIL EM CONFORMIDADE COM A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Luiz Henrique Sormani Barbugiani

RESUMO: O presente estudo aborda a interpretação do direito a ser ouvido como conceito jurídico indeterminado no Brasil, em conformidade com a CADH. Para tanto, analisa preliminarmente a relação entre a CADH e os direitos fundamentais na CF brasileira de 1988, apreciando a posição do STF sobre a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como as alterações promovidas na sociedade internacional em virtude da globalização e a importância dos conceitos jurídicos indeterminados. Após essa incursão nos elementos estruturais dos direitos humanos, discorre-se sobre as noções gerais acerca do direito a ser ouvido e de seu conteúdo no Brasil, para, ao final, traçar propriamente as balizas, visando uma interpretação ampla do direito a ser ouvido para alcançar uma real compreensão do conteúdo da declaração das partes em juízo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Direito a ser ouvido. Interpretação. Conceito Jurídico Indeterminado. Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988; 3. Posição do Supremo Tribunal Federal sobre a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos; 4. As alterações promovidas na sociedade internacional em virtude da globalização e a importância dos conceitos jurídicos indeterminados; 5. A interpretação ampla do direito a ser ouvido como conceito jurídico indeterminado em atenção à Convenção Americana sobre Direitos Humanos; 5.1. Noções gerais acerca do direito a ser ouvido; 5.2. O Conteúdo do direito a ser ouvido no Brasil; 5.3. A interpretação ampla do direito a ser ouvido como conceito jurídico indeterminado no Brasil em conformidade com a convenção americana sobre direitos humanos; 6. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos é um dos instrumentos mais importantes do sistema americano de proteção desses direitos, com a consolidação de normas de flagrante conteúdo principiológico, permitindo aos países signatários não só o aperfeiçoamento de sua legislação interna, como também a promoção da interpretação das normas internas em conformidade com os valores expressos nesse tratado internacional.

A relevância da Convenção enquanto base estruturante da tutela dos direitos humanos permite o uso de técnicas e mecanismos variados de integração diante das

lacunas da lei, influenciando inclusive as modificações legislativas, bem como a ampliação de maneira evidente das possibilidades interpretativas do conteúdo normativo do diploma nacional e sua influência na interpretação implementada pelos juristas dos países signatários acerca do ordenamento jurídico dos diversos países é insuperável.

Diante desse potencial de influência recíproca entre os direitos humanos e os direitos fundamentais presentes nas Constituições dos diversos países, propõe-se, no presente estudo, de início ponderar a relação entre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988, com a avaliação da posição do Supremo Tribunal Federal sobre a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos em nosso ordenamento jurídico.

Como o núcleo essencial do assunto são os direitos humanos, indispensável à análise das alterações promovidas na sociedade internacional em virtude da globalização e a importância dos conceitos jurídicos indeterminados, para, ao final, propor uma interpretação ampla do direito a ser ouvido como conceito jurídico indeterminado, em conformidade à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em prol de uma prestação jurisdicional mais escorreita, legítima e próxima dos ideais de justiça, com maior preocupação com a verdade dos fatos nas demandas judiciais de caráter civil.

A opção deste estudo foi concentrar-se no sistema processual civil, almejando identificar mecanismos que possam auxiliar os magistrados a melhor compreender a realidade dos fatos objeto de uma demanda submetida ao crivo judicial.

2. A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos também denominada de Pacto de *San José* da Costa Rica, em alusão à cidade em que se celebrou o ato em decorrência da conferência da Organização dos Estados Americanos, no ano de 1969, no âmbito americano, constitui-se no principal documento do sistema de proteção dos direitos humanos, com vigência no ano de 1978 (WEIS, 2006, p.99), tendo a ratificação pelo Estado brasileiro se efetivado no ano de 1992⁷⁴⁷.

As questões envolvendo direitos humanos por natureza apresentam características complexas que se iniciam pelos debates da terminologia desses direitos.

Há uma tendência doutrinária em diferenciar os direitos humanos previstos em tratados e normas internacionais de direitos fundamentais inseridos nas Constituições dos diversos países.

747 Informação constante do site da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm>. Acesso em 10.02.2020.

Essa situação é perceptível da exposição de José Afonso da Silva (1999, p. 179-183) em que destaca o uso do termo direitos humanos como “expressão preferida nos documentos internacionais”, ponderando ser mais adequado para o nosso texto constitucional a designação direitos fundamentais em que concebe-se tratar de “princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.

Em regra, independentemente do nome ou designação atribuído a esses direitos, eles preservam um patamar mínimo de dignidade aos seres humanos enquanto indivíduos, no convívio social entre os particulares e enquanto residentes em um determinado país sob a tutela do Estado e, mais recentemente, na era hodierna, como pessoa física sujeito de direito internacional.

Essa percepção permeia as declarações, tratados, convenções e normas internacionais que abordam os direitos humanos.

No caso específico da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no preâmbulo do texto aprovado pelos Estados signatários consta a reafirmação do “propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”. Nesse ato, os países reconheceram que “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”, bem como consideraram que “esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional”. Ao final, reiteraram que “de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos”.

Os elementos supracitados demonstram que a preservação dos direitos humanos objetiva assegurar um convívio harmônico em sociedade, na medida em que é garantido um rol de direitos mínimos para a pessoa humana que deve ser assegurado pelos Estados e respeitado pelos demais segmentos que compõem a sociedade em suas múltiplas relações.

De maneira escorregia, Flávia Piovesan (2006, p. 14) ressalta que “não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos”, concluindo que “o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o democrático”.

É possível identificar elementos substanciais de democracia nos Estados que asseguram a todos os membros de sua população direitos humanos, independentemente de se tratarem ou não de cidadãos.

Paulo Bonavides (2008, p. 72) compreende a população como:

“Todas as pessoas presentes no território do Estado, num determinado momento, inclusive estrangeiros e apátridas, fazem parte da população. É por conseguinte a população sob esse aspecto um dado essencialmente quantitativo, que independe de qualquer laço jurídico de sujeição ao poder estatal. Não se confunde com a noção de povo, porquanto nesta, fundamental é o vínculo do indivíduo ao Estado através da nacionalidade ou cidadania. A população é conceito puramente demográfico e estatístico”.

A essa concepção de população que abarca os residentes em determinado território é primordial acrescentar as pessoas não residentes, que estejam de passagem pelo local.

Além disso, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o item 1, do artigo 1º, consagra que “os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social” e, no item 2, afirma que “para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”.

No artigo 32 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o item 1, expressa que “toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade”, enquanto o item 2: “os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática”, ou seja, os direitos humanos não devem ser uma preocupação exclusiva dos Estados e das organizações internacionais, mas também dos indivíduos, da família e de toda a sociedade.

Na era contemporânea, é impossível não associar os direitos humanos à democracia, intensificando os níveis de sua proteção e salvaguarda conforme o regime democrático se aperfeiçoa nos países em geral. Todavia, como na América Latina ainda não atingimos índices elevados de democracia, torna-se necessária uma maior preocupação com a tutela desses direitos.

Flávia Piovesan (2006, p. 85) retrata essa atenção especial que deve ser destinada aos países latino-americanos, ao afirmar que:

“A análise do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos demanda seja considerado o seu contexto histórico, bem como as peculiaridades regionais. Trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade de social, ao qual se somam democracias em fase de consolidação”.

No caso específico da Constituição Federal brasileira de 1988, o conteúdo do artigo 5º, § 2º, deixa claro o caráter aberto que deve permear a concepção de direitos fundamentais, sob uma perspectiva material ampla, ao expressar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 94), quanto à diferenciação de direitos fundamentais de cunho formal e material, assim se expressa:

“A distinção entre direitos fundamentais no sentido formal e material não tem sido objeto de muitos estudos e grandes divergências doutrinárias, ao menos no âmbito da literatura luso-brasileira. De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de K. Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas das pessoas – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais”.

Assim, é possível identificar nos tratados internacionais de direitos humanos, incluindo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, normas materiais de direitos fundamentais, o que demonstra perder a relevância a distinção entre direitos humanos e fundamentais, na medida em que há um entrelaçamento entre esses preceitos que mantém diferenciação entre as denominações apenas em caráter didático.

É oportuno sublinhar que no âmbito das normas internacionais de direitos humanos não existe propriamente um conflito entre elas, uma vez que vigora o princípio da maior amplitude de proteção ao ser humano, não existindo hierarquia entre os tratados bilaterais, regionais e globais, circunstância que também alcança a legislação interna, que se for mais protetiva, não será suspensa, invalidada ou revogada pela ratificação de um tratado internacional menos benéfico em momento posterior (BARBUGIANI, 2008, p.1130114). Por esse motivo, a inserção do § 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, perde um pouco do sentido, dada a lógica estruturante da preservação dos direitos humanos. Além disso, aparentemente esse preceito confronta com a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, prevista no § 1º, e com o rol amplo desses direitos consagrado no § 2º, ao dispor que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Não existe direito humano de primeiro ou segundo escalão, o que, em tese, não justifica essa diferenciação tão somente pelo *quórum* de aprovação dos diplomas internacionais no âmbito interno pelo Congresso Nacional.

Na realidade, a circunstância de reputar um preceito como norma constitucional ou infraconstitucional apenas enseja discussão acerca de qual recurso será interposto em eventual discussão judicial um recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça ou um recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, ou, ainda, o uso de ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade dos preceitos infraconstitucionais em oposição ao conteúdo dos tratados de direitos humanos, uma vez que os demais tratados sempre serão incorporados, salvo disposição em contrário, como norma equiparada à lei ordinária.

3. POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Na atualidade, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a possibilidade de diferenciação acima relatada, concede o *status* de norma supralegal para os tratados de direitos humanos que não apresentam aprovação interna com o *quórum* qualificado, típico das emendas constitucionais.

Essa mesma possibilidade de distinção hierárquica entre lei ordinária, o tratado internacional de direitos humanos quando ausente o *quórum* qualificado das emendas constitucionais na aprovação pelo Congresso Nacional (natureza de norma supralegal) e o tratado internacional de direitos humanos quando presente o *quórum* qualificado das emendas constitucionais na aprovação pelo Congresso Nacional (natureza de norma constitucional) foi adotado no julgamento do recurso especial (REsp 914253/SP) julgado pela sistemática vinculante dos recursos repetitivos pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no caso concreto da prisão por dívida do depositário infiel, considerando inválida a lei ordinária em sentido contrário à norma internacional de direitos humanos presente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dada sua característica de hierarquia superior decorrente da natureza de norma supralegal reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal⁷⁴⁸,

748 EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Provimento Parcial. Prisão Civil. Depositário infiel. Possibilidade. Alegações rejeitadas. Precedente do Pleno. Agravo regimental não provido. O Plenário da Corte assentou que, em razão do status supralegal do Pacto de São José da Costa Rica, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. (RE 404276 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-06 PP-01109 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 169-172). EMENTA: HABEAS CORPUS. SALVO-CONDUTO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do "responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia" (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é de eficácia restringível. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser aportadas por lei, quebrantando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como

devendo, por conseguinte, sempre prevalecer, independentemente do critério cronológico.

Cite-se a ementa do julgado do Superior Tribunal de Justiça que, em caráter vinculante, adaptou a sua jurisprudência de acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DEPOSITÁRIO INFIEL. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NOVEL POSICIONAMENTO ADOPTADO PELA SUPREMA CORTE.

norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional -- à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º --, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. 4. No caso, o paciente corre o risco de ver contra si expedido mandado prisional por se encontrar na situação de infiel depositário judicial. 5. Ordem concedida. (HC 94013, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-02 PP-00267 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 155-159 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 390-396). EMENTA: HABEAS CORPUS. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO WRIT AJUIZADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MITIGAÇÃO DA SÚMULA 691/STF. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO CIVIL. INADMISSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO PLENÁRIA DESTA SUPREMA TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do "responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia" (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é de eficácia restritiva. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser aportadas por lei, quebrantando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678, de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional -- à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º --, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. 4. Na concreta situação dos autos, a prisão civil do paciente foi decretada com base nos artigos 652 do Código Civil e 904, parágrafo único, do Diploma Civil Adjetivo. A autorizar, portanto, a mitigação da Súmula 691. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (HC 94523, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-02 PP-00343 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 419-423). PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675).

1. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7º, § 7º, vedou a prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese do devedor de alimentos. Contudo, a jurisprudência pátria sempre direcionou-se no sentido da constitucionalidade do art. 5º, LXVII, da Carta de 1.988, o qual prevê expressamente a prisão do depositário infiel. Isto em razão de o referido tratado internacional ter ingressado em nosso ordenamento jurídico na qualidade de norma infraconstitucional, porquanto, com a promulgação da constituição de 1.988, inadmissível o seu recebimento com força de emenda constitucional. Nesse sentido confirmam-se os seguintes julgados da Suprema Corte: RE 253071 - GO, Relator Ministro MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJ de 29 de junho de 2.006 e RE 206.482 - SP, Relator Ministro MAURICIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ de 05 de setembro de 2.003.

2. A edição da EC 45/2.004 acresceu ao art. 5º da CF/1.988 o § 3º, dispondo que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, inaugurando novo panorama nos acordos internacionais relativos a direitos humanos em território nacional.

3. Deveras, “a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva do pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, (art. 7º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da constituição, porém acima da legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código civil de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei 10.406/2002).” (voto proferido pelo Ministro GILMAR MENDES, na sessão de julgamento do Plenário da Suprema Corte em 22 de novembro de 2.006, relativo ao Recurso Extraordinário n.º 466.343 - SP, da relatoria do Ministro CEZAR PELUSO).

4. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista, e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa, como vontade popular, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.

5. O Pretório Excelso, realizando interpretação sistemática dos direitos humanos fundamentais, promoveu considerável mudança acerca do tema em foco, assegurando os valores supremos do texto magno. O Órgão Pleno da Excelsa Corte, por ocasião do histórico julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343 - SP, Relator MIn. Cezar Peluso, reconheceu que os tratados de direitos humanos têm hierarquia superior à lei ordinária, ostentando status normativo supralegal, o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade, máxime em face do efeito paralisante dos referidos tratados em relação às normas infra-legais autorizadas da custódia do depositário infiel. Isso significa dizer que, no

plano material, as regras providas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade.

6. No mesmo sentido, recentíssimo precedente do Supremo Tribunal Federal, verbis: “HABEAS CORPUS” - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - REVOGAÇÃO DA SÚMULA 619/STF - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n.7) - NATUREZA CONSTITUCIONAL OU CARÁTER DE SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS? - PEDIDO DEFERIDO.

ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL, AINDA QUE SE CUIDE DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes.

Revogação da Súmula 619/STF. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea.

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá

extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (HC 96772, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-04 PP-00811) 7. Precedentes do STJ: RHC 26.120/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 15/10/2009; HC 139.812/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 14/09/2009; AgRg no Ag 1135369/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 28/09/2009; RHC 25.071/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 14/10/2009; EDcl no REsp 755.479/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/04/2009, DJe 11/05/2009; REsp 792.020/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 19/02/2009; HC 96.180/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 09/02/2009) 8. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 914.253/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/12/2009, DJe 04/02/2010).

Assim, conforme o entendimento consagrado no Supremo Tribunal Federal, há três ordens de normas oriundas de tratados internacionais: a) tratados de direitos humanos aprovados para incorporação na ordem interna pelo Congresso Nacional com o *quórum* das emendas constitucionais com caráter constitucional; b) tratados de direitos humanos aprovados para incorporação na ordem interna pelo Congresso Nacional com o *quórum inferior* ao típico das emendas constitucionais, com caráter supralegal; e c) demais tratados internacionais que independentemente do *quórum* de aprovação pelo Congresso Nacional terão o caráter equivalente às leis ordinárias, salvo distinção expressa.

4. AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NA SOCIEDADE INTERNACIONAL EM VIRTUDE DA GLOBALIZAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Em tempos de crise econômica mundial e consequentemente de prejuízos aos direitos fundamentais de cunho nacional e dos direitos humanos de caráter internacional, observa-se que há uma nítida alteração na interpretação desses direitos, contudo, isso jamais poderá ensejar a sua supressão, mas tão somente uma readequação às circunstâncias e à realidade social que permeia a sociedade contemporânea.

Essas alterações estruturais nas relações econômicas dos países que, na atualidade, relacionam-se entre si em aspectos globais, em que as fronteiras foram relativizadas pelas facilidades da alta tecnologia, cunharam e constantemente aperfeiçoam o fenômeno conhecido por globalização. Essa inter-relação entre os diversos Estados interfere de maneira mais flagrante em alguns países e insidiosamente em outros tantos, afetando as normas internacionais e sobretudo a ordem interna de cada país, mais preocupado em alcançar níveis de competitividade internacional nos fluxos de compra e venda de produtos e serviços que afetam diretamente a balança comercial e os índices internacionais de confiabilidade no potencial econômico dos Estados.

Raúl Granillo Ocampo (2009, p.03), ao tratar da realidade vivenciada nos dias atuais, destaca que “em outros momentos soubemos pensar o mundo em lapsos de tempo mais pausados, quase como fotografias cambiantes que se apresentavam a nossos olhos de forma sucessiva”, nesse momento compreende o autor que estamos em “um filme que se projeta diante de nós com velocidade crescente”, não existindo mais “um intervalo para refletir, para pensar e pensarmos em nós mesmos”.

Apesar dessa realidade em que há uma preocupação com a liberdade de comércio, é evidente que os direitos humanos não poderão ser desconsiderados ou suprimidos, uma vez que a sua readaptação ou reformulação para viabilizar a manutenção da humanização do mercado, com o reconhecimento e valorização do ser humano é medida que se impõe. Aliás, é sempre oportuno relembrar e repetir que “máquinas nada consomem além de óleo”, sendo incontestável que os produtos e serviços existem e são criados para satisfazer as necessidades dos seres humanos e só por esse motivo que se perpetuam. Nessa equação civilizatória de aspectos múltiplos, uma constatação é evidente - quanto menos seres humanos existirem, menor será a demanda -, o que exige do mercado uma maior preocupação com o bem-estar das pessoas, elemento que infelizmente parece não sensibilizar grande parte dos segmentos da sociedade, totalmente entretidos com o presente, como se o futuro fosse indiferente e o passado inexistente.

Paulo Bonavides (2009, p. 62) adequadamente compreendeu esse fenômeno irreversível de preservação dos direitos humanos e fundamentais, ainda que se adote o liberalismo como política de Estado:

“O liberalismo de nossos dias, enquanto liberalismo realmente democrático, já não poderá ser, como vimos, o tradicional liberalismo da Revolução Francesa, mas este acrescido de todos os elementos de reforma e humanismo com que se enriquecem as conquistas doutrinárias da liberdade.

Recompô-lo em nossos dias, temperá-lo com os ingredientes da socialização moderada, é fazê-lo não apenas jurídico, na forma, mas econômico e social, para que seja efetivamente um liberalismo que contenha a identidade do Direito com a Justiça”.

Assim, dentro dessa concepção inarredável, a contínua preservação dos direitos humanos funciona como verdadeira garantia para assegurar o futuro da civilização.

Diante dessa mutação contínua das relações sociais, influenciada por diversos fatores culturais, religiosos, sociais, econômicos, políticos e históricos, o conteúdo dos direitos humanos deve ser remodelado de tempos em tempos, no intuito de representar o valor presente na sociedade da época. Devido a essa circunstância, o conteúdo das normas de direitos humanos dispõe invariavelmente sobre conteúdos jurídicos indeterminados, no intuito de mantê-los em conformidade com os anseios e necessidades sociais, sendo exatamente isso que ocorreu com o direito a ser ouvido, constante no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a ser analisado no próximo tópico.

O termo “direito a ser ouvido”, assim como outros de conteúdo jurídico indeterminado, apresentam maiores dificuldades de delimitação, o que se intensifica por se tratar de verdadeiro princípio de observância obrigatória em um Estado Democrático de Direito, permitindo um conteúdo valorativo alargado e mutável, conforme as modificações que constantemente ocorrem na sociedade (BARBUGIANI, 2015, p.221-226) ⁷⁴⁹.

É relevante considerar que apesar da maior maleabilidade da norma e do consequente potencial de manutenção de sua força normativa em virtude da adaptabilidade e mutabilidade de acordo com as alterações significativas nos valores da sociedade ao largo dos anos, sempre existirá alguma margem de subjetividade nessa compreensão, admitindo em cada caso concreto mais de uma interpretação do conteúdo normativo dos direitos humanos.

Ao tratar da discricionariedade no âmbito desses termos indeterminados, Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 23) já alertava “muitas vezes – exatamente porque o conceito é fluído – é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis”.

Na seara dos direitos humanos, apesar do subjetivismo que sempre fará parte em alguma medida do ato de interpretar realizado pelo hermeneuta, o uso do princípio da maior proteção do ser humano auxilia, como se fosse uma espécie de bússola, o exercício do ato de exegese, sendo esse o fim primordial dos direitos humanos.

Aliás, essa é a previsão expressa do item *b*, do artigo 29, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

⁷⁴⁹ Essa situação também ocorre com outros princípios, como o da igualdade. Recomendável a leitura da obra BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. Igualdade de gênero: o redimensionamento da concepção da igualdade material no âmbito laboral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;**
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Após essas considerações acerca das alterações sociais em caráter contínuo e a necessidade de adaptação dos conteúdos jurídicos indeterminados utilizados pelos tratados de direitos humanos, passaremos a uma análise mais aprofundada do direito a ser ouvido, constante no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

5. A INTERPRETAÇÃO AMPLA DO DIREITO A SER OUVIDO COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO EM ATENÇÃO À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

5.1. NOÇÕES GERAIS ACERCA DO DIREITO A SER OUVIDO

O direito a ser ouvido, em um olhar superficial e preliminar, pode parecer uma designação simplória e unívoca, contudo, a simplicidade do termo esconde múltiplos conteúdos e significações para o universo jurídico.

O ato de ser ouvido enquanto direito se associa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que também apresentam diversas interpretações.

No caso do direito a ser ouvido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8º, ao tratar das garantias judiciais, estabelece que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Esse dispositivo abarca uma série de garantias processuais, mas, devido ao foco desse artigo, trataremos especificamente do direito a ser ouvido, deixando para uma outra oportunidade a abordagem das demais garantias que acabam por se entrelaçar, no intuito de assegurar uma prestação jurisdicional esmerada e mais próxima da justiça para todos.

A importância de ser ouvido é incomensurável e somente quem não consegue efetivamente ser compreendido pode ter uma ideia de quão prejudicial e nefasta é essa situação para a vida em sociedade.

No ano de 2000, os jornais relataram o caso de um homem que permaneceu mais de cinquenta anos em um manicômio na Rússia porque falava húngaro e nenhuma pessoa o compreendia, até que um médico identificou o seu idioma e, com o auxílio da Cruz Vermelha, o paciente retornou para a Hungria⁷⁵⁰.

O médico húngaro Ignaz Semmelweis, em Viena, por volta de 1847, associou a ausência de assepsia das mãos com a mortalidade nas maternidades. Durante certo período, o médico observou que em duas salas no hospital, uma atendida por estudantes de medicina e outra por parteiras, os índices de óbito das mães era muito maior no local atendido pelos estudantes. Posteriormente, associou essa circunstância diferencial com a peculiaridade de que os estudantes saíam diretamente das salas de autópsias para realizar o parto. Assim, decidiu obrigar os estudantes a, antes de ingressar na sala de parto, lavarem as mãos em uma bacia com solução de cloro e cal, tendo como resultado a queda dos óbitos drasticamente. Devido aos conflitos com seus colegas acerca de sua pesquisa e constatações, não teve seu contrato de trabalho renovado, retornando à Budapeste, onde trabalhou em hospitais, reduzindo, da mesma forma, os óbitos. Com o passar do tempo e a resistência dos médicos em adotarem a assepsia como padrão de comportamento, acabou sofrendo com depressão e ludibriado por um colega que o convidou a visitar um novo hospital, na realidade, foi internado contra a sua vontade e faleceu com apenas 47 anos de idade⁷⁵¹.

No universo jurídico, em especial no processo civil, o direito a ser ouvido enseja três acepções, quais sejam, o direito de audiência, o direito de presença e, mais recentemente, a capacidade de influir na decisão judicial, que serão analisadas a seguir.

5.2. O CONTEÚDO DO DIREITO A SER OUVIDO NO BRASIL

O direito a ser ouvido associado ao princípio da ampla defesa e do contraditório acaba ganhando contornos mais amplos, na medida em que passa a exigir um contraditório substancial e não meramente formal, com a possibilidade de influir na decisão judicial a ser proferida pelo juiz, conforme se depreende do artigo 369 do Código de Processo Civil de 2015, ao especificar que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

750 Informação disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft1208200004.htm>>. Acesso em 11.02.2020.

751 Informação disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/09/29/ignaz-semmelweis-o-medico-colocado-em-manicomio-por-insistir-na-importancia-de-se-lavar-as-maos.ghtml>>. Acesso em 11.02.2020.

Não só na esfera civil como também na penal e na administrativa,⁷⁵² o direito a ser ouvido é de extrema importância, causando, por exemplo, no direito penal, caso o réu não esteja presente na realização dos atos processuais e, evidenciado algum prejuízo, a nulidade dos atos processuais⁷⁵³.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento emblemático (HC 127.902/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 05/05/2014), concedeu de ofício um *habeas corpus* para anular os atos processuais em que o acusado, em um processo penal, não estava presente para a vítima reconhecê-lo em juízo, diante das discrepâncias das provas produzidas. Essa postura demonstra que o direito a ser ouvido deve ser concebido em caráter amplo, evoluindo para abarcar, até mesmo, o “direito a ser visto”, uma vez que como elemento de prova

752 MANDADO DE SEGURANÇA. AUTO DE INFRAÇÃO. DIREITO DE AMPLA DEFESA. 1. A violação do art. 535 do CPC ocorre quando há omissão, obscuridade ou contrariedade no acórdão recorrido. Inocorre a violação posto não estar o juiz obrigado a tecer comentários exaustivos sobre todos os pontos alegados pela parte, mas antes, a analisar as questões relevantes para o deslinde da controvérsia. 2. São princípios basilares do processo administrativo e judicial a ampla defesa e o contraditório, insculpidos no artigo 5º, LV, do Texto Constitucional, o qual estabelece que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. 3. A ampla defesa, constitucionalmente reconhecida, traduz a exigência de que o exercício do poder jurídico-público se realize de maneira justa, implicando para o Administrado o direito de conhecer os fatos e fundamentos invocados pela Autoridade, o direito de ser ouvido e de contrapor-se às alegações do adversário. 4. Deveras, esse postulado da ampla defesa, ou do direito de audiência, configura direito à participação procedimental, assegurando ao administrado, na maior extensão possível, a oportunidade do seu exercício pleno, com produção de provas e apresentação de alegações que lhe favoreçam. 5. Atestando a instância a quo a inexistência da intimação da decisão, a verificação que a Fazenda pretende em seu recurso esbarra em matéria fática, mercê de o cumprimento do due process of law não exonerar o contribuinte do pagamento, apenas diferindo-o até o cumprimento da exigência legal. 6. Recurso especial desprovido. (REsp 667.603/CE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 01/08/2005, p. 334).

753 PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. AUTODEFESA. AUSÊNCIA DO RÉU NAS OITIVAS DA VÍTIMA E DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. RECONHECIMENTO PESSOAL REALIZADO NA FASE INQUISITORIAL. INCONSISTÊNCIAS NA DESCRIÇÃO FÍSICA DO AUTOR DOS FATOS. NECESSIDADE DA PRESENÇA DO ACUSADO EM JUÍZO. ARGUIÇÃO EM MOMENTO OPORTUNO. COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA. DIREITO AO SILÊNCIO (CF, ART. 5º, INC. LXIII). INIDONEIDADE PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. EXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. 2. A autodefesa desdobra-se em “direito de audiência” e em “direito de presença”, é dizer, tem o acusado o direito de ser ouvido e falar durante os atos processuais (e não apenas, como se verifica no direito brasileiro, em seu interrogatório judicial), bem assim o direito de assistir à realização dos atos processuais, sendo dever do Estado facilitar seu exercício, máxime quando o imputado se encontre preso, impossibilitado de livremente deslocar-se ao fórum. 3. Não se trata, contudo, de direito indisponível e irrenunciável do réu, tal qual a defesa técnica - conforme positivado no art. 261 do CPP, cuja regra ganhou envergadura constitucional com os arts. 133 e 134 da Carta de 1988 -, de modo que o não comparecimento do acusado às audiências não pode ensejar, por si, a declaração da nulidade absoluta do ato, sendo imprescindível a comprovação de prejuízo e a sua arguição no momento oportuno (precedentes do STF e do STJ). 4. Na espécie, porém, a partir dos relatos, soa claro que a descrição física do acusado não foi uníssona a ponto de se menosprezar a importância da efetiva presença do réu em juízo, com o fim de realizar o seu reconhecimento sob o crivo do contraditório, consoante pondera a impetração. 5. É de ser ver, também, à míngua de qualquer outro dado probatório, que apenas a palavra da vítima e de testemunha ocular do delito, a respeito da identidade física do acusado, respaldam a condenação do paciente, termos em que, dadas as particularidades da hipótese vertente, a ausência do réu para acompanhar a oitiva da vítima e das testemunhas caracteriza dano à defesa, não se podendo falar em ratificação do ato de reconhecimento em juízo, como se presente estivesse o réu em audiência. 6. Da mesma forma, a consideração do silêncio do réu como dado idôneo a fundamentar a condenação - ou a tendenciar a apreciação das provas em desfavor do acusado, consoante veda o parágrafo único do art. 186 do CPP - refoge à garantia constitucional, imanente ao devido processo legal, disposta ao art. 5º, inciso LXIII, da CF. 7. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para anular a ação penal desde a audiência de instrução, determinando-se ao juízo de origem a realização de nova oitiva da vítima e das testemunhas de acusação com a presença do paciente. (HC 127.902/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 05/05/2014).

o reconhecimento da vítima e das testemunhas pode ser favorável ao réu, caso elas não o reconheçam em juízo como o autor dos fatos ilícitos imputados. Nessa situação, o direito a ser ouvido engloba o direito de audiência e de presença, não só no sentido de ouvir e presenciar o desenrolar dos atos processuais, mas principalmente para exercer a autodefesa, auxiliando o defensor contratado ou nomeado pelo poder público a melhor compreender a ordem e as circunstâncias dos fatos.

Na fundamentação do julgamento efetivado pelo Superior Tribunal de Justiça no precedente supracitado destaca-se a importância do direito a ser ouvido no âmbito penal, em que há diversas ponderações de que o direito de permanecer calado e ausentar-se da audiência também deve ser respeitado como autodefesa. Assim, como corolário decorrente do direito a ser ouvido, o acusado poderá se expressar de maneira ativa ou passiva, ou seja, de maneira voluntária poderá optar por não comparecer à audiência ou, ainda, quando comparecer poderá escolher permanecer calado, visto que não poderá ser obrigado a produzir prova contra si:

“A autodefesa assim entendida implica, portanto, uma série de possibilidades para o acusado, quais sejam: (a) de presença em juízo; (b) de conhecimento dos argumentos e conclusões da parte contrária; (c) de exteriorização de sua própria argumentação; (d) de demonstração dos elementos de fato e de direito que constituem as suas razões defensivas e, por último, (e) de propulsão processual. Convém sublinhar que tanto o direito de audiência quanto o direito de presença podem ser exercitados de forma passiva, negativa, sem que isso represente ausência de defesa. É, portanto, expressão da autodefesa o direito ao silêncio, reconhecido ao acusado como corolário de seu direito de não se autoincriminar (*privilege against selfincrimination*), visto que, de acordo com antigo preceito do Direito Canônico, ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si ou a delatar-se (*nemo tenetur se detegere* ou *nemo tenetur se ipsum accusare*). De igual modo, constitui exercício do direito à ampla defesa a deliberada e voluntária atitude do acusado de não se fazer presente nos atos do processo criminal, ou mesmo em todo ele. Logo, se de um lado o Estado deve facilitar a presença do acusado durante a instrução e o julgamento da causa, notificando-o pessoalmente sobre a data, horário e local das respectivas audiências ou sessões, há de respeitar, a seu turno, eventual escolha do acusado de não comparecer a elas. Não se trata, pois, de direito indisponível e irrenunciável do réu, tal qual a defesa técnica – conforme positivado no art. 261 do CPP, cuja regra ganhou envergadura constitucional com os arts. 133 e 134 da Carta de 1988 –, de modo que o não comparecimento do acusado às audiências não pode ensejar, por si, a declaração da nulidade absoluta do ato, sendo imprescindível a comprovação do prejuízo e a sua arguição no momento oportuno.

(...)

Como visto, impõe a orientação emanada das Cortes Superiores a aplicação da regra segundo a qual “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (CPP, art. 563, caput). Na espécie, desde a fase das alegações finais, a defesa pugna pelo reconhecimento da nulidade absoluta da ação penal, em face da não apresentação do impetrante à audiência, bem como afirma a ocorrência de prejuízo para a

defesa ante a impossibilidade da produção da prova do reconhecimento pessoal em juízo.

(...)

À vista do exposto, não conheço do writ por ser substitutivo de recurso ordinário, e, analisando o seu teor, constato a presença de coação ilegal que implica a concessão da ordem, de ofício, para anular a ação penal desde a audiência de instrução, determinando-se ao juízo de origem a realização de nova audiência de oitiva da vítima e das testemunhas com a presença do paciente”.

É importante salientar que é natural que a maioria dos julgados e dos estudos que tratam do direito a ser ouvido apreciem a questão sob a perspectiva do direito processual penal, pois a liberdade do ser humano é um dos mais relevantes direitos consagrados nas Convenções, Tratados internacionais e nas diversas Constituições dos países de regime democrático.

Todavia, apesar dessa preocupação com a liberdade do ser humano, é notório que o princípio do direito a ser ouvido é aplicável no âmbito do processo civil, como preceitua o próprio artigo 8, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Aliás, ainda que a liberdade de ir e vir do cidadão eventualmente aprisionado não esteja em discussão, mesmo com a proibição da prisão civil do depositário infiel permanece, ao menos em nosso país, a prisão por dívida alimentícia⁷⁵⁴. Além disso, os demais direitos humanos violados como, por exemplo, a indevida discriminação no fornecimento de um serviço ou produto, a venda de alimentos fora do prazo de validade ou o erro médico na implementação de um tratamento geram danos materiais e morais e, muitas vezes, levam à morte dos prejudicados, sendo essas questões discutidas também no âmbito civil com danos incomensuráveis à sociedade e aos seres humanos. Evidente, portanto, que não há justificativa para o abrandamento ao direito a ser ouvido no processo civil, como bem aventado pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Diante desse contexto em que há evidente preocupação com o direito do acusado em processo penal, não podemos olvidar que as vítimas de um delito também devem ter seus direitos humanos assegurados, seja no âmbito penal, podendo municiar o juízo com provas dos fatos, seja no âmbito civil, em que buscam indenizações ou reparações em relação ao ilícito, por isso é evidente que o direito a ser ouvido não se restringe ao polo passivo de uma ação penal ou civil, pois deve ser observado independentemente da posição que a parte ocupa no processo.

A evolução do princípio do contraditório passa a englobar não só o direito de falar, próprio do contraditório meramente formal, mas também de influenciar na de-

754 EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO POR DÉBITO ALIMENTAR. HABEAS CORPUS INDEFERIDO LIMINARMENTE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICA EM HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (HC 179986 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 21/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 03-03-2020 PUBLIC 04-03-2020).

cisão (contraditório substancial), o que pressupõe, em nossa concepção, o direito a ser ouvido, de ser compreendido e, consequentemente, obter a devida ponderação dos elementos apresentados pelo juízo.

No artigo 7º do Código de Processo Civil consta que “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”, o que já intuía do artigo 5º, LV, da Constituição Federal brasileira de 1988.

Alexandre Freitas Câmara (2015) ressalta a inserção na concepção de contraditório de um conteúdo substancial, além da capacidade de influenciar o juiz com os elementos apresentados pelas partes, pois há vedação expressa, agora prevista no Código de Processo Civil brasileiro de 2015, acerca da decisão surpresa:

“O novo CPC traz, em alguns dispositivos, textos que apresentam de forma bastante detalhada (quase ‘desenhada’) o modo como deve ser observado o princípio do contraditório no processo judicial. Assim é que, nos termos do art. 8º, incumbe ao juiz zelar pelo *efetivo* contraditório (o que mostra que o contraditório não deve ser meramente formal, mas efetivo, substancial); o art. 9º estabelece que, com as ressalvas do parágrafo, o contraditório deve ser *prévio* à produção da decisão; e o art. 10 expressamente proíbe as “decisões-surpresa”. Fica claro, assim, que o Código acolhe a ideia de que o contraditório deve ser visto como uma garantia de *participação com influência e de não-surpresa*, já há bastante tempo sustentada pela doutrina,[1] de modo a assegurar que haja, no processo judicial, um contraditório pleno, efetivo, prévio à construção das decisões judiciais, e destinado fundamentalmente a assegurar que o resultado do processo seja fruto de um processo participativo, cooperativo, em que todos os seus atores trabalham juntos (ainda que buscando resultados diversos) no qual, democraticamente, será construído.

Poder-se-ia questionar a necessidade de que o novo CPC dissesse o que diz acerca do princípio do contraditório. A rigor, tais dispositivos não eram mesmo necessários. Afinal, o direito de participação com influência e a garantia de não surpresa resultam da própria afirmação constitucional de que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição da República), em que se assegura o devido processo constitucional (art. 5º, LIV), no qual se observa necessariamente o contraditório (art. 5º, LV). Os dispositivos do CPC que ‘esmiúçam’ o conteúdo do princípio do contraditório, pois, e como consequência da reconhecida *força normativa da Constituição*, são a rigor desnecessários.

(...)

É que, embora seja perfeitamente possível afirmar-se, a partir da Constituição da República, que o contraditório é garantia de participação com influência e de não surpresa, certo é que esta concepção, forte na doutrina, e com algum impacto na jurisprudência,[3] a verdade é que na prática o contraditório continuou a ser observado, no processo judicial, de maneira eminentemente formal. Assegurava-se às partes o ‘direito de falar’, mas não se respeitava seu ‘direito de ser ouvido’.[4] E este só existe se for assegurado às

partes o *direito à consideração dos argumentos*, isto é, o direito a que os argumentos deduzidos pelas partes sejam apreciados pelo órgão julgador”.

Welder Queiroz dos Santos (2015) assim se expressa sobre a determinação da vedação da decisão surpresa no sistema processual brasileiro:

“O art. 10 do Novo CPC consagra no plano infraconstitucional brasileiro a regra da vedação à prolação de *decisão surpresa*. Do ponto de vista teórico, não se trata propriamente de uma novidade, por ser conteúdo do direito fundamental ao contraditório. Entretanto, do ponto de vista pragmático, trata-se de uma inovação prevista expressamente em um Código de Processo Civil brasileiro”.

Daniel Mota Gutiérrez e Lincoln Mattos Magalhães (2019) ressaltam o intuito do legislador, com a inserção da vedação da decisão surpresa, em deixar o contraditório com um caráter mais eficiente, democrático e participativo:

“De igual modo, o CPC de 2015, na perspectiva de ampliar a efetividade do contraditório e tornar o processo mais democrático e participativo, agregou, em seu art. 10, além do direito de influência e de participação na preparação dos julgamentos, uma espécie de cláusula legal de proibição à chamada ‘decisão-surpresa’”.

Felipe Barreto Marçal (2018) sublinha a substituição da mera reação da parte à informação apresentada pela outra parte, para uma atuação tendente à realmente influenciar o juiz, municiando o julgador com elementos que interfiram na sua decisão:

“Como se sabe, há muito tempo se defende que o contraditório é o elemento característico do processo e integra seu conceito; o processo é o procedimento que se desenvolve em contraditório. Atualmente, o conceito clássico (obsoleto) de contraditório evoluiu, deixando de ter um caráter essencialmente individual (informação + reação) e meramente formal de participação no processo, e passou a ser visto sob um aspecto substancial, que engloba também o direito de participar efetivamente do processo, ou seja, de ter seus argumentos levados em consideração (direito de ser ouvido, que não tem mais apenas aquele aspecto formal de antes), para que, assim, se garanta às partes o direito de influência sobre as tomadas de decisão pelo Estado-juiz no processo, evitando-se decisões-surpresas e/ou solitariamente produzidas pelo magistrado. Nesse sentido, exercer influência no processo é condicionar de forma significativa e eficaz os demais sujeitos do processo, exercendo estímulos que possam ser capazes de modificar o comportamento alheio”.

O direito a ser ouvido não deve se restringir ao que a doutrina designa de mero “direito de falar”. Esse mencionado “direito de falar” apresenta uma mera conotação formal de comparecer em juízo pessoalmente ou por meio de seu representante legal, para externar suas pretensões ou resistir à pretensão da outra parte processual.

O direito a ser ouvido implica justamente em ser ouvido em sua concepção material e substancial, na medida em que a declaração da parte, bem como suas pretensões e defesas não só são escutadas pelos magistrados e demais partes processuais ou, ainda, os fiscais da lei, como o Ministério Público, como também são ponderadas e analisadas.

O ato de falar por si só é facilmente cumprido, com a declaração da parte em juízo, contudo, ser ouvido exige que os magistrados detenham atenção sobre o conteúdo da fala e escutem o clamor das partes em todos os seus aspectos fáticos e jurídicos, para que, ao proferir a decisão, efetivamente promovam uma adequada apreciação do caso concreto, aplicando a lei para solucionar a demanda de maneira mais justa e, conseqüentemente, concedendo a quem de direito o bem da vida objeto do litígio.

A relevância e importância do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é destacada em virtude das maiores dificuldades pelas quais passam os países da América Latina que não atingiram o mesmo desenvolvimento socioeconômico da América do Norte, demandando maiores cuidados e atenção com os direitos civis, políticos, sociais e econômicos, por isso, a grande relevância do artigo 8º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, prevendo expressamente o direito a ser ouvido, reforçado pelo artigo 2º, do mesmo diploma, ao especificar que “se o exercício dos direitos e liberdades, mencionados no artigo 1º, ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

No Brasil, tanto no Código de Direito Processual de 1973, como no recente, editado em 2015, o contraditório sempre foi assegurado em diversas disposições.

Na perspectiva da parte autora, o falar implica na formulação de um pedido ao Poder Judiciário, para que ele aprecie uma determinada demanda, aplicando a lei ao caso concreto, com a pacificação do conflito social.

José Carlos Barbosa Moreira (2005, p. 10) sintetiza bem essa situação, expressando que:

“Ao ajuizar a demanda, *pede* o autor ao órgão judicial que tome determinada providência: declare a existência ou a inexistência de uma relação jurídica, anule este ou aquele ato jurídico, condene o réu a pagar tal ou qual importância, a praticar ou a deixar de praticar certo ato etc”.

Esse pedido apresentado pelo autor em juízo demonstra um objeto mediato e outro imediato, como, de maneira precisa, o eminente José Carlos Barbosa Moreira (2005, p.10), consigna “o objeto imediato do pedido é a providência jurisdicional solicitada” enquanto o “objeto mediato é o bem que o autor pretende conseguir por meio dessa providência”.

O direito a ser ouvido interfere em ambos os pedidos (mediato e imediato), uma vez que para alcançar o bem pretendido, assegurado pelo direito material por meio dos

instrumentos processuais, o autor pode ser interrogado pelo juízo ou, ainda, a pedido da parte adversa, submeter-se ao depoimento pessoal, além da produção de todas as provas admitidas em direito, apresentando-as em juízo por intermédio de seu procurador, no intuito de obter o bem da vida e demonstrar o interesse processual (adequação e necessidade), bem como a sua legitimidade de parte.

Na perspectiva da parte ré, da mesma forma, poderá demonstrar que a sua resistência à pretensão da parte autora é legítima por meio de todas as provas admitidas em juízo, podendo se submeter ao depoimento pessoal a pedido do autor ou ao interrogatório do juízo, viabilizando o esclarecimento de fatos relevantes para o julgamento da causa, aclarando a ilegitimidade do autor, a ausência de interesse processual e ausência de legitimidade de sua pretensão.

Essas perspectivas do direito a ser ouvido encontram-se de acordo com o artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contribuindo para um julgamento justo, com atenção aos princípios da ampla defesa e do contraditório em sua concepção substancial, além das demais garantias judiciais, dentre as quais, a prestação jurisdicional em um tempo razoável.

Nesse contexto, é perfeitamente admissível a oitiva das partes pelo juízo sempre que recomendável para o esclarecimento dos fatos⁷⁵⁵, com o consequente auxílio no direcionamento da produção das provas, inclusive, determinando-as de ofício pelo magistrado, diante do princípio de colaboração das partes, constante no artigo 378 do Código de Processo Civil de 2015, ao determinar que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

Esse contraditório mais efetivo de caráter substancial, como asseveram Daniel Mota Gutiérrez e Lincoln Mattos Magalhães (2019), dado o maior impacto social, deve ser especialmente observado nos processos coletivos, em que se discutem direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos:

“Na prática, contudo, embora se reconheça e se ratifique o poder de influência como um aspecto também universal e, hoje, indissociável do conceito de contraditório, sua virtual não observância pelo juiz parece ser amplamente mais impactante quando o objeto da tutela é um interesse transindividual.”

Além disso, seja nos processos individuais, seja nos processos coletivos, o contraditório deve permear todo o trâmite processual, como prenuncia Leonardo Grego (2002):

“Ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses sem ter tido ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação. O contraditório é consequência do princípio político da participação democrática e pressupõe: a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos

755 O *caput* do artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015 especifica que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes; b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material; c) congruidade dos prazos: os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, devem ser suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para a prática de cada ato da parte com efetivo proveito para a sua defesa; d) contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão; e) o contraditório participativo pressupõe que todos os contra-interessados tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação”.

No processual civil é usual consagrar os deveres das partes e de seus procuradores, como ressaltado por Rogério Lauria Tucci (1983, p.21), com o uso de sanções processuais como estímulo à “necessidade de aperfeiçoamento do senso ético dos litigantes e de seus representantes judiciais”, situação referendada no atual Código de Processo Civil de 2015, em decorrência do princípio da colaboração processual.

No sistema processual, na atualidade, a única sanção para a decisão proferida por um juízo que não observe os parâmetros adequados do direito a ser ouvido é a nulidade dos atos processuais e da sentença judicial decorrente.

Nessa seara, podemos identificar dois tipos de mácula ao pronunciamento jurisdicional: os *errores in iudicando* e *errores in procedendo*, em que os primeiros afetam a apreciação do conteúdo do direito material e processual afeto ao direito a ser ouvido utilizado pelo magistrado em seu pronunciamento e o segundo refere-se aos procedimentos especificados nas normas processuais afetas ao rito processual e ao seu trâmite (TUCCI, 1983, p. 31-36).

Além das demais garantias judiciais que permitem em conjunto com o contraditório um processo judicial justo, a duração razoável do processo, prevista no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”), no artigo 4º do Código de Processo Civil de 2015 (“as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”) e no artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015 (“todos os sujeitos

do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”) complementam o já preconizado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal brasileira de 1988, ao estabelecer que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A duração razoável do processo associa-se ao contraditório substancial e efetivo, ensejando uma maior facilidade e precisão na produção das provas em juízo, devido à proximidade das declarações das testemunhas e das partes com os fatos que serão objeto de prova, possibilitando uma atenuação das inconsistências decorrentes dos longos períodos que afetam a memória do ser humano ou a essência de objetos, locais e demais elementos que podem se deteriorar com o passar dos anos.

Isso já seria suficiente para que a celeridade processual sempre fosse um dos objetivos do processo judicial, contudo, oportuna a reprodução do pensamento de Leonardo Greco (2002), que ressalta a valorização da tutela jurisdicional efetiva com a sua real concretização, atingindo o resultado do julgamento e sua consequente execução, se necessário, em tempo reduzido:

“O direito à prestação jurisdicional em prazo razoável é uma exigência da tutela jurisdicional efetiva. A demora no julgamento cria uma instabilidade na situação jurídica das partes, incompatível com a noção de segurança jurídica exigível em toda sociedade democrática.

A jurisdição deve assegurar a quem tem razão o pleno gozo do seu direito durante o máximo tempo possível. O ideal seria que esse gozo fosse assegurado durante todo o tempo de duração do próprio direito, desde o seu nascimento até o seu desaparecimento. Mas, se já ocorreu a lesão, essa garantia absoluta será materialmente impossível.

Ademais, a jurisdição necessita de um tempo, por menor que seja, para ser exercida. A curta demora que a tutela efetiva pode tolerar é apenas aquela que resulta da necessidade de assegurar ao adversário o pleno exercício de sua defesa, ainda assim na medida em que não se ultrapasse o limite em que seja lícito exigir o sacrifício do interesse cuja tutela se afigura urgente, e da necessidade de assegurar ao próprio juiz uma cognição adequada. O tempo perdido nas longas esperas de distribuição, julgamento, publicações, redação de acórdãos etc. é absolutamente iníquo”.

Observa-se que o direito a ser ouvido em conjunto com o respeito a uma ampla gama de garantias judiciais visa, em última análise, alcançar uma tutela judicial adequada, eficiente e justa.

Apesar da evolução do conteúdo do direito a ser ouvido consagrada na legislação interna brasileira e estimulado pelos tratados internacionais, sobretudo pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é possível, na era hodierna, extrair desse princípio novas perspectivas.

5.3. A INTERPRETAÇÃO AMPLA DO DIREITO A SER OUVIDO COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO NO BRASIL EM CONFORMIDADE COM A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

O direito a ser ouvido é um conceito jurídico indeterminado, consubstanciando-se em verdadeiro princípio a ser observado no âmbito judicial e administrativo.

Raúl Granillo Ocampo (2009, p. 20-21) dispõe que “ainda não existe um direito supranacional global que todos os Estados reconheçam como tal, cujo o não cumprimento acarrete um sistema de julgamento de aplicação efetiva de sanções suficientemente homogêneo e igualitário, executado por um órgão judicial independente”, mas com raras exceções apresenta-se como “uma instância voluntária de julgamento”, como ocorre na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Apesar da constatação da ausência de mecanismos internacionais mais efetivos para obrigar os países signatários coercitivamente a observar concretamente o princípio do contraditório, no Brasil, como o país apresenta níveis aceitáveis de democracia em sua estrutura de poderes, há um fortalecimento natural dos direitos humanos, em virtude de uma atuação imparcial do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o reconhecimento do direito a ser ouvido, como princípio internacional incorporado em nosso ordenamento jurídico, também como princípio que estrutura, baliza e sustenta o sistema processual, permite algumas ilações, em especial a possibilidade da influência desse princípio na criação de normas, na integração das lacunas da lei e na interpretação das normas vigentes.

A conceituação de princípio é múltipla, podendo admitir diversas significações, dependendo do contexto em que é aplicado o termo.

No meio jurídico e especificamente no direito constitucional, José Afonso da Silva (1999, p. 96) compreende os princípios como “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”.

Há uma diferenciação substancial de caráter qualitativo entre regras e princípios, sendo ambas localizadas dentro da concepção de norma, como assevera Robert Alexy (2012, p. 90-103):

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

É oportuna a constatação de que em eventual conflito de regras uma invariavelmente é considerada inválida se não existir uma regra de exceção que possibilite a aplicação dessa terceira via enquanto entre os princípios aplica-se a teoria do sopesamento em que um dos princípios prevalece no caso concreto variando segundo as circunstâncias que permeiam a situação submetida a apreciação sem que um dos princípios seja extraído do sistema jurídico podendo prevalecer em outra situação dada as peculiaridades do caso concreto.

O interessante dessa concepção é que os valores e os princípios são próximos e se entrelaçam, visto que ambos podem colidir e ensejar o sopesamento, pois como ressalta Robert Alexy (2012, p. 114) “a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores”.

A circunstância do direito a ser ouvido ser um princípio e se consubstanciar- em um conceito jurídico indeterminado, apesar da imprecisão inicial de sua delimitação no caso concreto, assim como ocorre com os termos justiça e igualdade, por obviedade, “garante a mutabilidade da compreensão dos institutos ao longo dos anos, conformando-os com os anseios sociais e as exigências da sociedade mutável e evolutiva por natureza” (BARBUGIANI, 2013, p. 59).

Na era hodierna, observa-se um dinamismo jamais visto na história, com alterações sociais e econômicas em exíguos períodos de tempo, elemento que deve ser ponderado na interpretação das normas jurídicas, extraindo mais do que os meros elementos linguísticos aparentes de cunho gramatical, mas sim o real significado que fundamenta o seu conteúdo normativo, mantendo uma correlação lógica na relação entre os fatos, os valores e as normas, preservando, por conseguinte, o equilíbrio na aplicação da lei ao caso concreto, como já preceituava Miguel Reale (1993).

O ilustre jurista e filósofo (REALE, 1993) reconhece abalizadamente essa mutabilidade do significado dos signos ao longo dos anos:

“acontece que a norma jurídica está imersa no mundo da vida, ou seja, na nossa vivência cotidiana, no nosso ordinário modo de ver e de apreciar as coisas. E o mundo da vida muda. Então acontece uma coisa que é muito importante e surpreendente: uma norma jurídica, sem sofrer qualquer mudança gráfica, uma norma do Código Civil ou do Código Comercial, sem ter alteração alguma de uma vírgula, passa a significar outra coisa”.

As normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dada a magnitude dos preceitos que a compõem, devem ser aplicadas sempre que possível em caráter amplo, o que exige, portanto, uma interpretação ampla e extensiva do direito a ser ouvido.

Nesse contexto, a interpretação das disposições da norma internacional ganha relevância, na medida em que conforma a legislação vigente nos países que a adotaram, funcionando como vetor para melhor compreensão da norma interna, segundo os parâmetros internacionais.

A dificuldade de precisar o real sentido e alcance das normas de conteúdo aberto já é um problema para o hermenêuta, contudo, a tarefa acaba sendo muito mais sofisticada e penosa quando se pretende a interpretação de um princípio que propiciará e influenciará a edição das normas, a integração das lacunas e a interpretação das disposições normativas afetas à sua influência.

Carlos Maximiliano (2011, p. 07), de maneira profícua, pondera que “interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”.

Esse mecanismo pode ser alcançado por meio da interpretação extensiva das disposições internas dos países. Nesse diapasão, Carlos Maximiliano (2011, p. 162) afirma “mais do que regras fixas influem no modo de aplicar uma norma, se ampla, se estritamente, o *fin* colimado, os valores jurídicos-sociais que lhe presidiram à elaboração e lhe condicionam a aplicabilidade”.

Essa concepção de ampliação da concessão e interpretação dos direitos humanos assegurados em normas internacionais é ressaltado por Antônio Augusto Cançado Trindade (1991, p. 01), ao asseverar que “o processo histórico de generalização e expansão da proteção internacional dos direitos humanos tem-se marcado pelo fenômeno da multiplicidade e da diversidade dos mecanismos de proteção”, destacando que essa situação vem “acompanhadas pela identidade predominante de propósito destes últimos e pela unidade conceitual dos direitos humanos”.

Assim, dentro dessa concepção do direito a ser ouvido como reflexo de um contraditório substancial, é possível inferir, nos dias atuais, inúmeras ampliações da real compreensão do significado desse princípio, simplesmente em virtude dos avanços tecnológicos, como, por exemplo, o uso de videoconferência na impossibilidade da presença física da parte, comunicação de atos processuais por meio de processos eletrônicos, correios eletrônicos (e-mail), redes sociais etc.

Aparentemente, o § 3º, do artigo 385, do Código de Processo Civil de 2015, ao expressar que “o depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento”, atentou adequadamente ao princípio referente ao direito a ser ouvido.

Todavia, apesar de todos esses avanços tecnológicos, uma questão em especial merece a atenção dos operadores do direito, mais precisamente dos juízes, no tocante à produção do depoimento pessoal das partes e à inquirição da parte promovida de ofício pelos juízes, uma vez que não há disposições que assegurem a real compreensão de sua declaração.

A título de exemplo podemos analisar o § 1º, do artigo 385, do Código de Processo Civil, que estipula que “se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena”, e, de pronto, constatar que não há nenhuma regra de segurança para que a confissão não seja decretada quando indevida. Há casos em que o depoente pode não se lembrar precisamente dos fatos, o que não se confunde com uma recusa em depor sobre eles, a ponto de atrair a sanção processual da confissão. Para atenuar a possibilidade de equívoco na determinação da pena de confesso, o magistrado deve apresentar conhecimentos suficientes de antropologia e psicologia, para identificar o real conteúdo da declaração e se existe ou não recusa em depor.

O conteúdo do artigo 386 do Código de Processo Civil de 2015, na tentativa de dar parâmetros para o juiz, preconizou que “quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e os elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor”. É evidente que o maior problema e a complexidade da questão consiste justamente em avaliar as circunstâncias e os elementos de prova, para constatar se houve ou não recusa de depor, avaliando todo um contexto, em que conhecimentos em antropologia e psicologia seriam cruciais para identificar a situação e ponderar os elementos de maneira mais eficiente e justa.

O elemento que consagraria a substancialidade do contraditório e a efetividade do direito a ser ouvido, com potencial de influir na percepção do juiz acerca dos fatos, auxiliando em uma decisão mais justa e escoreita, passa necessariamente pela compreensão do real conteúdo da declaração da parte emanada durante um depoimento pessoal ou a inquirição promovida de ofício por um magistrado.

Essa situação também é aplicável à colheita da prova testemunhal, em que a verdade dos fatos somente pode ser atingida com o conhecimento do juiz acerca da cultura do depoente, de sua origem, do meio em que vive, da formação educacional, dentre tantos outros elementos distintivos que alteram a percepção dos fatos, a retenção deles na memória, a reprodução de sua percepção em juízo e a compreensão dessa informação pelo magistrado, que também sofre influência desses e de outros elementos que afetarão a valoração da prova produzida em juízo.

Em certa oportunidade ressaltai (BARBUGIANI, 2019, p. 229) o papel primordial da Antropologia para permitir aos juízes uma melhor compreensão do conteúdo da declaração das testemunhas, aproximando-se com maior intensidade da realidade e, por

consequência, da verdade dos fatos, facilitando, com isso, inclusive, a identificação do falso testemunho, que merece, nesse momento, a devida reprodução:

“O ser humano enquanto objeto de análise da antropologia é um ser social e seja ele testemunha, seja ele juiz, não deixa de ser humano, portanto, essa ciência social aplicada pode ser uma das mais importantes aliadas das partes e do juiz na consecução de um ideal aceitável de justiça, na solução alcançada pelo Poder Judiciário enquanto pacificador dos conflitos sociais. Acrescente-se a essa ponderação as dificuldades de coibir o crime de falso testemunho que proporciona ou, ainda, estimula a sua prática em desprestígio ao Poder Judiciário no exercício de sua função jurisdicional. Diante desse quadro e da complexidade do ser humano enquanto indivíduo inserido nos grupos sociais que compõem a sociedade, uma visão antropológica viabilizará o aperfeiçoamento dos mecanismos existentes de colheita e de apreciação da prova testemunhal”.

O magistrado, na colheita do depoimento, deve ser uma mescla de antropólogo, historiador, educador e psicólogo, participando da produção da prova como integrante da sociedade, identificando os valores presentes, o que lhe possibilita um maior potencial de pacificação social devido a sua participação mais humanizada, podendo se valer de perícias ou avaliações antropológicas antes, durante ou depois do interrogatório, caso não detenha conhecimentos na área, para auxiliá-lo na adequada compreensão do conteúdo da declaração da parte, na medida em que identifica a personalidade e a cultura do depoente (BARBUGIANI, 2019, p. 235).

A Antropologia permitirá ao juiz realmente entender a dinâmica social em que o depoente está inserido na sociedade, o uso da linguagem, as associações e as analogias e, mesmo, as gírias que emite, cujos significados podem se alterar em um país continental, ainda que a grafia e a pronúncia das palavras sejam as mesmas, motivo pelo qual “para melhor compreender as relações jurídicas e o comportamento do ser humano no meio social ou em um processo judicial, o estudo do indivíduo, em sua essência individual e coletiva, é uma diretriz comum” (BARBUGIANI, 2019, p. 236).

Infelizmente, não é uma praxe a designação de peritos antropólogos para auxiliar na compreensão de um depoimento, existindo alguns raros casos no Brasil, em que há a nomeação quando a questão versa sobre conflitos indígenas e a demarcação de suas terras (BARBUGIANI, 2019, p.236-237), contudo, não se vislumbra motivos para que essa prática não seja incentivada em prol de uma aproximação maior com a verdade real, em detrimento da verdade meramente formal, esta última com menor grau de efetividade na pacificação dos conflitos sociais.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no artigo 8, item 2, letra *a*, estabelece que o acusado de um delito tem o direito de “ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal”, mas não assegura a participação de antropólogos e psicólogos para garantir uma compreensão mais próxima da verdade dos fatos narrados sequer pelo acusado, contudo,

essa interpretação ampla, ora defendida, como decorrente do direito a ser ouvido pode ser inferida do sistema de proteção dos direitos humanos.

Essas discussões sobre a ótica do direito a ser ouvido, se remotas no âmbito interno, são desconhecidas em julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que poderia ensejar maiores debates e aperfeiçoamento das construções propostas se o Tribunal fosse provocado quanto a esta matéria específica.

No ano de 2016, o Conselho Nacional de Justiça publicou sete volumes referente à Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – 2014, no intuito de “promover, difundir e amplificar os padrões que balizam a interpretação das normas internacionais de Direitos Humanos”, sendo que o volume dedicado ao Direito à Liberdade Pessoal⁷⁵⁶ compilou as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre esse eixo temático. Nesse tomo, percebe-se que o tribunal não analisou, no período disponível, o direito a ser ouvido sob a perspectiva defendida nesse estudo, apreciando o artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no sentido de um direito humano a garantir a circunstância de ser efetivamente compreendido em suas declarações em juízo.

As discussões referem-se ao direito a ser ouvido por uma autoridade competente ou ao acesso a um recurso ao tribunal competente, imparcial e independente, mas não se discute objetivamente um direito a ser efetivamente compreendido e, com isso, direcionar os juízes com elementos capazes de influenciar na decisão judicial proferida pelo Poder Judiciário dos países.

A título de exemplo, podemos relatar o caso *Liakat Ali Alibux c. Suriname*⁷⁵⁷, assim relatado:

“1. Caso submetido à Corte. Em 20 de janeiro de 2012, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão Interamericana” ou “a Comissão”) submeteu à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominado “escrito de submissão”), o caso “Liakat Ali Alibux” contra a República do Suriname (doravante denominada “o Estado” ou “Suriname”). De acordo com o destacado pela Comissão, o caso se relaciona com a investigação e com o processo penal contra o senhor Liakat Ali Alibux – Ex-Ministro das Finanças e Ex-Ministro de Recursos Naturais – que foi condenado, em 5 de novembro de 2003, pelo delito de fraude, em conformidade com o procedimento estabelecido na Lei de Acusação de Funcionários com Cargos Políticos (doravante denominada “LAFCP”). 2. Trâmite perante a Comissão. O trâmite perante a Comissão foi o seguinte: a) Petição. Em 22 de agosto de 2003, a Comissão recebeu a petição inicial do senhor Liakat Ali Alibux com data 20 de julho de 2003; b) Relatório de Admissibilidade. Em 9 de março de 2007, a Comissão Interamericana aprovou o Relatório de Admissibilidade 34/071; c) Relatório de Mérito. Em 22

756 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/jurisprudencia-corte-idh/sentencas-por-tema-2014/>. Acesso em 12.02.2020.

757 *Liakat Ali Alibux c. Suriname*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de janeiro de 2014, Série C No. 276.

de julho de 2011, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito nº 101/11,2 nos termos do artigo 50 da Convenção Americana (doravante denominado “o Relatório de Mérito” ou “Relatório 101/11”), no qual chegou a uma série de conclusões e formulou várias recomendações ao Estado.a. Conclusões. A Comissão concluiu que o Estado era responsável pela violação dos seguintes direitos reconhecidos na Convenção Americana:i. o direito a recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior (artigo 8.2.h da Convenção) em detrimento de Liakat Ali Alibux;ii. o princípio da legalidade e da retroatividade (artigo 9 da Convenção), em detrimento de Liakat Ali Alibux;iii.o direito de circulação (artigo 22 da Convenção), em detrimento de Liakat Ali Alibux; eiv. a proteção judicial (artigo 25 da Convenção), em detrimento de Liakat Ali Alibux.b. Recomendações. Em consequência, a Comissão recomendou ao Estado que:i. determinasse medidas necessárias para deixar sem efeito o processo penal e condenação imposta ao senhor Alibux;ii. concedesse reparação adequada ao senhor Alibux pelas violações declaradas;iii. determinasse medidas de não repetição necessárias para que os altos funcionários processados pelos fatos cometidos em sua capacidade oficial, possam cotar com um recurso efetivo para impugnar as condenações; eiv. determinasse medidas legislativas, ou de outra índole, que sejam necessárias para assegurar que exista um mecanismo efetivo de revisão de questões de natureza constitucional.

d) Notificação ao Estado. O Relatório de Mérito foi notificado ao Estado em 21 de outubro de 2011, sendo outorgado por um prazo de 2 meses para informar sobre o cumprimento das recomendações.e) Submissão à Corte. Em 20 de janeiro de 2012, a Comissão submeteu à jurisdição da Corte Interamericana a totalidade dos fatos e violações de direitos humanos descritos no Relatório de Mérito, em virtude de que “as violações das garantias judiciais e proteção judicial ocorreram como consequência da vigência da norma que estabelecia o julgamento de altos funcionários em uma única instância, bem como da falta de implementação das normas constitucionais que regulavam o controle constitucional e contemplavam a criação de uma Corte Constitucional”. A Comissão também destacou que “o caso apresenta um aspecto inovador do direito, no que se refere ao alcance do princípio de [retroatividade] estabelecido no artigo 9 da Convenção Americana, quando se trata de normas de natureza processual, mas que podem ter efeitos substantivos”. A Comissão designou a Comissionada Dinah Shelton e o então Secretário Executivo Santiago Canton como delegados neste caso, assim como a Secretária Executiva Adjunta Elizabeth Abi-Mershed, os especialistas Silvia Serrano Guzmán, Mario López-Garelli e Hillaire Sobers como assessores jurídicos.3. Solicitações da Comissão Interamericana. Com base no exposto, a Comissão solicitou à Corte que declarasse a responsabilidade internacional do Estado pela violação: a) do artigo 8 da Convenção; b) do artigo 9 da Convenção; c) do artigo 22 da Convenção; e d) do artigo 25 da Convenção, todos eles em detrimento de Liakat Ali Alibux”.

A Corte Internacional de Direitos Humanos nesse caso decidiu:

“DECLARA, Por seis votos a favor e um contra, que:

2. O Estado não é responsável pela violação do princípio da legalidade e da retroatividade, reconhecido no artigo 9 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos termos do parágrafo 76 da presente Sentença.

3. O Estado não é responsável pela violação do direito à proteção judicial, consagrado no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos termos do parágrafo 125 da presente Sentença.

4. O Estado é responsável pela violação do direito a recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior, reconhecido no artigo 8.2.h) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento de Liakat Ali Alibux, nos termos do parágrafo 112 da presente Sentença.

5. O Estado é responsável pela violação do direito de circulação e de residência, reconhecido no artigo 22, incisos 2 e 3, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento de Liakat Ali Alibux, nos termos do parágrafo 136 da presente Sentença”.

Observa-se que, no caso supracitado, o Estado foi considerado responsável pela violação do direito de recorrer da sentença proferida, que é uma das garantias judiciais na visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos trata das garantias judiciais:

ARTIGO 8

Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.
- g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”

Ainda que não se tenha encontrado um precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o objeto do presente estudo relacionado ao estabelecimento de instrumentos e mecanismos no âmbito interno dos países para assegurar que o conteúdo das declarações emitidas em juízo pela parte sejam compreendidas adequadamente em atenção aos elementos culturais, sociais, políticos, econômicos, educacionais, religiosos e históricos, que permeiam a declaração do indivíduo acerca de sua percepção dos fatos, esse deve ser o novo desafio para os países e para os órgãos de fiscalização do cumprimento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

No site do Supremo Tribunal Federal consta a obra *Convenção Americana sobre Direitos Humanos interpretada pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*, editada em agosto de 2018, como legislação internacional anotada, ao mencionar as decisões mais relevantes do Pretório Excelso e da Corte Interamericana em relação a cada um dos artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos⁷⁵⁸. Nem mesmo nessa coletânea de decisões foi mencionado especificamente algum caso concreto que tenha tratado do direito a ser ouvido, presente no artigo 8, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aplicável ao âmbito civil.

De outro lado, o Pretório Excelso assevera em inúmeros casos concretos submetidos ao seu crivo, que o direito a ser ouvido é inerente a qualquer processo judicial ou administrativo, em diversos precedentes que consignam se tratar da posição consolidada da Corte Constitucional:

“o Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que os princípios do contraditório e da ampla defesa, ampliados pela Constituição de 1988, incidem sobre todos os processos, judiciais ou administrativos, não se resumindo a simples direito, da parte, de manifestação e informação no processo, mas também à garantia de que seus argumentos serão analisados pelo órgão julgador, bem assim o de ser ouvido também em matéria jurídica”⁷⁵⁹

Em uma situação em especial, envolvendo a guarda de menores, o Supremo Tribunal Federal, no HC 69303, destacou que:

758 Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaInternacional> > Acesso em 11.04.2020.

759 RE 492783 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 03/06/2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-05 PP-00950; RE 527814 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008 EMENT VOL-02330-05 PP-00974; AI 481015, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/02/2005, DJ 08-09-2006 PP-00056 EMENT VOL-02246-04 PP-00781 LEXSTF v. 28, n. 334, 2006, p. 107-119; MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004 PP-00081 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922.

“em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto a permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, afim e, por consequência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente”⁷⁶⁰.

Diante desse último precedente, percebe-se que o direito a ser ouvido, além de permear todos os processos judiciais e administrativo, não se restringe às partes, mas alcança a todos aqueles que, de alguma forma, serão atingidos pela decisão judicial.

Esse mesmo raciocínio pode ser extraído do *caput*, do artigo 138, do Código de Processo Civil de 2015, ao permitir a intervenção e manifestação do *amicus curiae*, quando especifica que:

“O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”.

A maior relevância do direito a ser ouvido aplicada nas decisões em geral e não só no processo penal, enseja uma melhor compreensão do sentido de que a verdade real é um objetivo da pacificação social, proporcionando uma justiça mais efetiva. Assim, a costumeira diferenciação entre a busca da verdade formal e da verdade real, ao distinguir-se o processo civil do processo penal, não impede que os instrumentos processuais sempre almejem alcançar elementos mais próximos da verdade dos fatos, independentemente do processo. Aliás, no Código de Processo Civil de 2015 é evidente a preocupação com a verdade real em detrimento da meramente formal, na medida em que, em diversas disposições, destaca esse objetivo, como, por exemplo, quando afirma que são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo expor os fatos em juízo conforme a verdade (artigo 77, I), ou ao determinar que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz (artigo 369) ou, ainda, ao especificar que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (artigo 378) e ao permitir a produção de prova de ofício pelo juízo (artigo 370).

As balizas foram lançadas e ainda teremos muito a caminhar até a sedimentação de uma interpretação ampliada, nos moldes propagados nesse estudo, mas o conteúdo jurídico do princípio do direito a ser ouvido, por se consubstanciar em um conceito jurídico indeterminado, é conformável aos anseios da população, cabendo aos órgãos

760 HC 69303, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 30/06/1992, DJ 20-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-03 PP-00633 RTJ VOL-00144-01 PP-00233.

judiciais nacionais e internacionais a importante tarefa de construí-lo e aperfeiçoá-lo em prol da promoção, da defesa e da proteção dos direitos humanos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação que ora se encerra promoveu a avaliação das interferências recíprocas dos direitos humanos, consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e os direitos fundamentais, previstos em nossa Constituição Federal de 1988, sendo evidente o reconhecimento das normas internacionais de cunho humanitário em patamar superior (constitucional ou supralegal) em relação às leis ordinárias, bem como do reflexo dessas normas de conotação mais principiológica, como a tutela do direito a ser ouvido, mais precisamente no sistema processual civil e o seu aperfeiçoamento para se adequar aos anseios da sociedade, circunstância esta impulsionada pela atividade da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos na tutela em geral dos preceitos da Convenção.

O uso de princípios inseridos em textos constitucionais ou tratados internacionais cunhados por meio de conceitos jurídicos indeterminados permite a constante adaptabilidade dos preceitos de defesa, proteção e preservação dos direitos humanos aos anseios sociais extremamente mutáveis e cada vez mais pulverizados em nossa sociedade internacional globalizada, em que a informação, o deslocamento e as relações sociais e econômicas não apresentam fronteiras definidas, devido ao cotidiano avanço das tecnologias.

Assim, o direito a ser ouvido, tanto da parte autora quanto da parte ré, deve ser identificado e avaliado, na era contemporânea, enquanto direito humano em caráter amplo, associando o conteúdo do artigo 8º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, às disposições presentes no artigo 5º, LV, da Constituição Federal brasileira de 1988, em caráter substancial, focado não só na possibilidade de influir na decisão judicial sobre o mérito de uma demanda submetida ao seu crivo, mas, principalmente, assegurando que a declaração da parte em juízo, por meio de interrogatório ou de um depoimento pessoal, seja compreendida adequadamente pelo magistrado, que deve, na medida do possível, possuir instrumentos que permitam aproximá-lo da realidade dos fatos.

Nessa seara, o conhecimento próprio acerca de noções gerais de antropologia e de psicologia é extremamente salutar, assim como o auxílio de antropólogos e psicólogos, funcionando como verdadeiros intérpretes da realidade do discurso declarado em juízo por um ser humano, que, por sua vez, apresenta características culturais de seu meio social permeadas por elementos históricos, religiosos, étnicos, econômicos e sociais peculiares, atrelados umbilicalmente ao indivíduo, acompanhando-o desde o nascimento até os últimos dias do transcorrer de sua vida, e invariavelmente diversos da cultura em sentido substantivo do magistrado, que decidirá o destino das partes e a quem cabe o bem da vida.

No Brasil, já é possível inferir do sistema processual em associação aos valores e princípios dispostos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a remodelação do direito a ser ouvido em virtude de uma interpretação ampla extensiva desse direito para alcançar uma real compreensão do conteúdo da declaração das partes em juízo. Inúmeras são as disposições constitucionais e infraconstitucionais que permitem essa constatação e recomendam essa proposição como elemento essencial para uma legítima e efetiva prestação jurisdicional, sendo que alguns já foram tratados no desenvolvimento desta pesquisa. Todavia, muitos outros dispositivos presentes no Código Processo Civil, de 2015, corroboram a proposta aqui defendida, como, por exemplo, o artigo 1º, ao determinar que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”, que reflete também o direito a ser ouvido presente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como o artigo 8º do diploma processual ao explicar que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Diante de todos os elementos apresentados, constata-se que as balizas já foram lançadas e, em um futuro próximo, almeja-se que essas questões venham a ser submetidas à Corte Interamericana de Direitos Humanos, valorizando ainda mais os seres humanos e os seus direitos, a partir de uma efetiva compreensão do que eles realmente pensam, dizem, anseiam e pleiteiam quando buscam o Poder Judiciário, para uma mais efetiva pacificação social.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *A Colheita da prova testemunhal em juízo no Brasil: uma visão antropológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

_____. *A Atividade dos magistrados e o código ibero-americano de ética judicial: uma concepção de justiça e igualdade na atuação jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. *A Inserção das normas internacionais de direitos humanos nos contratos individuais de trabalho*. São Paulo: Ltr, 2008.

_____. *Igualdade de gênero: o redimensionamento da concepção da igualdade material no âmbito laboral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 72.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 62.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Convenção americana sobre direitos humanos: interpretada pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Brasília: Secretaria de Documentação, 2018. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaInternacional>>. Acesso em 11.04.2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Direito à liberdade pessoal: jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – 2014*. Coord. Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi e Fernando Antônio Wanderley Cavalcanti Júnior. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/jurisprudencia-corte-idh/sentencas-por-tema-2014/>>. Acesso em 12.02.2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo CPC e o princípio do contraditório*. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/04/17/o-novo-cpc-e-o-principio-do-contraditorio/>>. Acesso em 09.02.2020.

DOS SANTOS, Welder Queiroz. A VEDAÇÃO À PROLAÇÃO DE “DECISÃO SURPRESA” NA ALEMANHA. *Revista de Processo* | vol, 2015, 240.2015: 425-435. Disponível em: <https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:uO2_1UKyJeAJ:scholar.google.com/+contraditorio+2015&hl=pt-PT&as_sdt=0,5>. Acesso em 11.02.2020.

GREGO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Argumenta Journal Law*, 2002, 2.2: 32-95. Disponível em <https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:13LXTPO__yUJ:scholar.google.com/+%22direito+de+ser+ouvido%22&hl=pt-PT&as_sdt=0,5>. Acesso em 11.02.2020.

GUTIÉRREZ, Daniel Mota; MAGALHÃES, Lincoln Mattos. O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL E A DEMOCRATIZAÇÃO DA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, 2019, 5.1: 40-58. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/5466>>. Acesso em 11.02.2020.

MARÇAL, F. B. Repensando os mecanismos de ampliação do contraditório. *Revista de Processo* | vol, 283 (2018), 107-131. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/57337919/Revista_dos_Tribunais_-_Repensando_os_Mecanismos_de_Ampliacao_do_Contraditorio.pdf?response=content-disposition-inline%3B%20filename%3DREPENSANDO_OS_MECANISMOS_DE_AMPLIACAO_DO.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%-2F20200211%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20200211=042020TZ&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=bc30d77bd11013745f3772259b3e-2932001d9c5cb4f0b6af609d72fed0ede14b>. Acesso em 11.02.2020.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OCAMPO, Raúl Granillo. *Direito internacional público da integração*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

REALE, Miguel. Linha evolutiva da Teoria tridimensional do Direito. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 301-312, 1993. Disponível em: <<http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67224>>. Acesso em 10.02.2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. *Temas e problemas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1983.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

O PROCESSO CIVIL E A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Vitor Fonsêca

RESUMO: A Convenção Americana sobre Direitos Humanos dá a impressão que se aplica apenas a causas penais. O estudo concentra-se no uso da Convenção Americana no processo civil e como aplicar o direito às garantias judiciais (art. 8º.) e o direito à proteção judicial (art. 25) em casos cíveis. Para isso, o estudo dá exemplos de conflitos entre a Convenção Americana, a Constituição brasileira e o Código de Processo Civil. Também discute como temas como a coisa julgada e o direito à presunção de inocência devem ser desenvolvidos em causas cíveis a partir da Convenção Americana. Ao final, o estudo propõe a seguinte hipótese: os juízes brasileiros devem obedecer à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de processo civil?

PALAVRAS-CHAVE: Convenção Americana sobre Direitos Humanos - garantias judiciais – processo civil

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os arts. 8º. e 25; 3. Processo civil e Convenção Americana sobre Direitos Humanos; 3.1 A aplicação da CADH às causas não-penais; 3.2 A Constituição de 1988 versus CADH; 3.3 O CPC/2015 revisitado pela CADH; 3.4 Os princípios processuais reformulados pela CADH; 3.4 Os institutos processuais clássicos reconfigurados pela CADH; 3.6 A jurisprudência da CorteIDH como precedente judicial; 4. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é saber se o processo civil deve observar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). O estudo fundamenta-se na necessidade do processualista civil de incluir a CADH como mais um instrumento normativo de estudo, ao lado do Código de Processo Civil (CPC), da própria Constituição de 1988 e de outras leis especiais. O objetivo geral é saber se existe necessidade de se “repensar” ou “revisitar” o processo civil à luz da CADH. O objetivo específico é fornecer amostras de discussões em torno dessa abordagem processual a partir da CADH.

Para tanto, tenta-se demonstrar, de início, a possível aplicação dos direitos previstos na CADH às causas cíveis e não-penais. Após, tenta-se indicar possíveis conflitos, sempre em matéria de processo civil, entre a Constituição de 1988, o CPC/2015 e a CADH. Passa-se, então, a discutir os princípios processuais e os institutos processuais clássicos à luz da CADH. Por fim, demonstra-se que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) pode também servir de precedente do art. 927 do CPC.

Espera-se, com isso, demonstrar que o processualista civil, durante seus estudos, não pode abrir mão da CADH e da interpretação que lhe é dada pela CorteIDH.

2. A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E OS ARTS. 8º. E 25

Em primeiro lugar, é preciso saber o quê de “processual” tem a CADH. Por que um processualista deve observar a CADH?

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi assinada em San José, Costa Rica, em 1969 (daí o nome *Pacto de San José*). A CADH, porém, apenas foi promulgada no Brasil pelo Decreto Federal n. 678, de 06/11/1992. A CADH prevê um grande número de direitos humanos, entre eles vários direitos civis e políticos: direito à vida, direito à integridade pessoal, proibição da escravidão e da servidão, direito à liberdade pessoal, entre outros (PIOVESAN, 2000, p. 29-33).

Entre tantos direitos, há dois artigos relevantes para quem estuda processo. A CADH, em seu art. 25, destacou o direito à proteção judicial e, em seu art. 8º., várias garantias judiciais, tais como: o direito a ser ouvido em juízo; o direito a um prazo razoável; o direito a ser julgado por tribunal competente, independente e imparcial; o direito à defesa; o direito a um intérprete, entre outros.

Enquanto a CorteIDH entende que o art. 8º. da CADH possui os “delineamentos do devido processo legal”⁷⁶¹, a doutrina enfatiza a importância do art. 25 como “um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, mas do próprio Estado de Direito” (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 135). A relevância dos arts. 8º. e 25 da CADH é tamanha que boa parte das opiniões consultivas da CorteIDH interpreta exatamente os arts. 8º. e 25 e a maioria esmagadora de casos julgados pela CorteIDH possuem condenações por violações a pelo menos um dos dois artigos (FONSÊCA, 2018-b, p. 33-34).

Estabelecida a possibilidade de haver algo “processual” na CADH, passa-se à segunda questão: por que o processualista precisa obedecer à CADH?

Há pelo menos dois fundamentos jurídicos para essa obediência à CADH.

O primeiro deles é o fato de que os Estados-partes têm a obrigação internacional de observar os tratados internacionais assinados, em razão da fórmula conhecida como *pacta sunt servanda* (BROTTONS, 1987, p. 258-259; MAZZUOLI, 2014, p. 219). A obrigação dos Estados de observar os tratados está prevista também no art. 27 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados (promulgada no Brasil pelo Decreto Federal n. 7.030, de 14/12/2009).

⁷⁶¹ *Cabrera García e Montiel Flores c. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C No. 220, § 140; *Genie Lacayo c. Nicarágua*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29 de janeiro de 1997, Série C No. 30, § 74.

O segundo deles está previsto no art. 2º da CADH. O artigo tem a seguinte redação: “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

Segundo a CorteIDH, o art. 2º. da CADH implica a adoção de medidas em dois planos⁷⁶²:

- a. a) a supressão de normas ou práticas de qualquer natureza que violem as garantias da CADH: as leis internas devem estar conformes não apenas com a Constituição do próprio Estado, mas também em conformidade com a CADH e outros tratados internacionais de direitos humanos (CANTOR, 2008, p. 194). O fato de o Estado manter vigente a lei interna inconveniente já é por si uma violação de direitos humanos⁷⁶³;
- b. b) a expedição de normas e o exercício de práticas para observar as mencionadas garantias: no caso *Apitz Barbera e outros* (“*Corte Primeira do Contencioso Administrativo*”) c. *Venezuela*⁷⁶⁴, o Estado venezuelano foi condenado, pois manteve-se omissa quanto à aprovação de projeto de lei sobre o Código de Ética e Disciplina da Magistratura. Já no caso *Trujillo Oroza c. Bolívia*⁷⁶⁵, houve omissão do Estado para a tipificação legal do delito de desaparecimento forçado.

Vê-se, então, que o art. 2º da CADH exige que os Estados adotem as medidas necessárias para tornar efetivos os direitos reconhecidos na CADH (AYALA, 2012, p. 141).

Não bastasse isso, deve-se lembrar que o art. 5º., § 2º., da Constituição de 1988 dispõe que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Ou seja: há uma remissão expressa na Constituição à observância de tratados internacionais de direitos humanos. Para parte da doutrina (LENZA, 1998; PIOVESAN, 2007, p. 51-81; RAMOS, 2014, p. 278-282), esse parágrafo seria uma “cláusula aberta” pelos quais os direitos humanos, previstos em tratados internacionais, integrariam o ordenamento jurídico brasileiro com caráter de norma constitucional, independentemente do § 3º, adicionado pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Assim sendo, assinada a CADH pelo Brasil, o país deve observá-la de boa-fé e cumpri-la. Mais ainda: deve adotar normas que concretizem a CADH e, ao mesmo tempo, deve afastar leis internas em contrariedade à CADH. Pelo que se percebe, então,

762 *Castillo Petruzzi e outros c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de maio de 1999, Série C No. 52, § 207.

763 *Almonacid Arellano e outros c. Chile*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 setembro de 2006, Série C No. 154, § 121.

764 *Apitz Barbera e outros* (“*Corte Primeira do Contencioso Administrativo*”) c. *Venezuela*, Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de agosto de 2008, Série C No. 182, § 253.

765 *Trujillo Oroza c. Bolívia*, Reparações e Custas, Sentença de 27 de fevereiro de 2002, Série C No. 92, § 133.

a CADH é fonte normativa também para processo civil, pois não se trata de instrumento político, mas jurídico (FONSÊCA, 2011).

O problema agora posto é exatamente este: o que há de relevante nos arts. 8º. e 25 da CADH para o processo civil? Há algo que se possa modificar no Brasil em razão da CADH?

3. PROCESSO CIVIL E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

3.1 A APLICAÇÃO DA CADH ÀS CAUSAS NÃO-PENAIIS

A primeira dificuldade ao lidar com a relação entre o processo civil e a CADH surge com a leitura do art. 8º. da CADH. Aparece desde aí a dúvida da aplicação do art. 8º. da CADH às causas cíveis e não-penais (FONSÊCA, 2018-a, p. 111).

A redação do artigo 8.1 da CADH diz: “[t]oda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Saltam aos olhos as expressões “acusação penal” logo no *caput* do art. 8.1, mas o art. 8.2 também falar em direitos da “pessoa acusada de delito” (art. 8.2), do “direito do acusado” (arts. 8.2.a, 8.2.c e 8.2.d), de “confissão do acusado” (art. 8.3), de “acusado absolvido” (art. 8.4) e expressamente em “processo penal” (art. 8.5).

Ora, com tantas referências a “pessoa acusada de delito” e “acusado”, não surpreende que se duvide da aplicação do art. 8º. da CADH às causas cíveis. O art. 8º. da CADH não seria exclusivo do processo penal? Ao mencionar “acusados” e “delitos”, a CADH não estaria limitando o art. 8º. às causas penais?

A resposta é não. Não existe essa exclusividade do art. 8º. às causas penais. O próprio art. 8.1, em sua parte final, fala em “ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Ou seja: as garantias judiciais devem ser respeitadas na acusação penal, mas também em causas não-penais para determinar direitos ou obrigações.

Esse entendimento é amplamente seguido pela CorteIDH. Na Opinião Consultiva OC-11/90⁷⁶⁶, a CorteIDH indicou, expressamente, que as devidas garantias do art. 8.2 da CADH aplicam-se na determinação de direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza, constantes do artigo 8.1 também da

⁷⁶⁶ *Exceções ao esgotamento dos recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a e 46.2.b, Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*, Opinião Consultiva OC-11/90, 10 de agosto de 1990, Série A No. 11, § 28.

CADH. Segundo a CorteIDH, o indivíduo também tem direito ao devido processo (que se aplica em matéria penal) às causas cíveis e não-penais.

A CorteIDH, também em sua competência contenciosa, entendeu muitas vezes ser aplicável o art. 8º. a causas não-penais (HITTERS e FAPPIANO, 2012, p. 466 e 485-491; IBÁÑEZ, 2014, p. 211). No Caso Furlan c. Argentina⁷⁶⁷, discutiu-se uma ação cível de indenização e a CorteIDH entendeu que a resposta judicial (12 anos depois) não obedeceu à garantia do prazo razoável prevista no artigo 8º. da CADH. Já no Caso Atala Rizzo e filhas c. Chile⁷⁶⁸, o cerne da discussão foi uma ação cível de guarda de crianças. Também aqui, a CorteIDH entendeu que o art. 8º. da CADH aplicava-se a causas cíveis, inclusive quanto ao direito das crianças, filhas da ré, de serem ouvidas no processo.

Assim sendo, apesar da redação do art. 8.1 da CADH, entende-se amplamente que as causas não-penais também estão investidas de garantias judiciais do art. 8º. da CADH (JAYME, 2005, p. 138).

3.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 VERSUS CADH

Outro problema que precisa ser enfrentado pelo processualista é o seguinte: nossa Constituição de 1988 precisa passar pelo filtro da convencionalidade da CADH. As normas processuais, previstas na CF/1988, devem, então, ser repensadas à luz da CADH (MARINONI, 2013, p. 68-69; MAZZUOLI, 2016, p. 184-186).

Essa discussão ocorreu no Brasil no famoso Caso do Depositário Infel no Supremo Tribunal Federal. Em 2009, no RE 466.343⁷⁶⁹, o Supremo Tribunal Federal entendeu que vige no Brasil o modelo supralegal: os tratados internacionais de direitos humanos estão “acima da lei mas abaixo da Constituição”. No RE 466.343, discutia-se a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. Na verdade, o debate gerou em torno de eventual conflito entre o art. 5º., inciso LXVII, da Constituição de 1988 e o art. 7.7 da CADH.

A Constituição de 1988, no inciso LXVII do art. 5º., dispõe que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Por sua vez, o art. 7.7 da CADH determina: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Em resumo: enquanto a CF/1988 autoriza a prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos, a CADH autoriza apenas a prisão civil para o devedor de alimentos.

767 *Furlan c. Argentina*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2012, Série C No. 246, §§ 147-148.

768 *Atala Rizzo e filhas c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de fevereiro de 2012, Série C No. 239, §§ 196-208.

769 STF, Tribunal Pleno, RE 466.343, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 03/12/2008.

Em resposta ao conflito, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inadmissibilidade da prisão civil do depositário infiel. O argumento do STF foi o do caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos: “a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada”. O STF concluiu, por fim, que, desde 1992, com a adesão do Brasil à CADH, “não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º., inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel”.

É verdade que houve evolução e mutação constitucional, adaptando a letra da Constituição aos ditames da CADH. Afinal, concluiu-se que a prisão civil do depositário infiel, mesmo prevista expressamente na Constituição de 1988, não mais se compatibiliza com os direitos humanos aceitos pelo Brasil (MENDES, 2013, p. 255-257).

Entretanto, o STF não enfrentou diretamente a tese de que a norma da CADH prevaleceu sobre a norma constitucional brasileira. O STF preferiu falar da “inaplicabilidade” da lei ordinária (Código Civil) em face do caráter supralegal de um tratado internacional de direitos humanos (CADH). Ou seja: a lei é inaplicável e, por isso, a Constituição ficou sem “base legal”. O entendimento do STF, por fim, consolidou-se na Súmula Vinculante n. 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

No entanto, o STF não precisava desse argumento do caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos para afastar a norma constitucional em conflito. A jurisprudência da CorteIDH já seria fundamento suficiente para deixar de aplicar a norma constitucional em prol de norma mais favorável da CADH.

É o que ocorreu, aliás, no famoso Caso “A Última Tentação de Cristo” c. Chile⁷⁷⁰, quando a CorteIDH foi chamada a decidir sobre a convencionalidade de artigo da Constituição chilena. Segundo o art. 19, inciso 12, da Constituição do Chile, a lei deve estabelecer um “sistema de censura” para a exibição e publicidade da produção. Foi, então, que, em 1988 e com fundamento na norma constitucional chilena de “censura”, o filme “A última tentação de Cristo” – que mostrava cenas de sexo entre Jesus e Maria Madalena – foi previamente censurado no Chile. A censura foi mantida até mesmo em última instância pela Corte Suprema de Justiça do Chile.

A CorteIDH entendeu que a norma constitucional chilena violava o art. 13 da CADH que prevê o direito à liberdade de pensamento e de expressão sem censura prévia. A CorteIDH não precisou discutir se a Constituição chilena seria ou não “hierarquicamente superior” à CADH. A CorteIDH deixou claro que a hierarquia do ato do Estado (mesmo se o ato for de hierarquia constitucional) pouco importa para a responsabilidade internacional do Estado. Para a CorteIDH, a responsabilidade do Estado

770 “A Última Tentação de Cristo” (*Olmedo Bustos e outros*) c. Chile, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de fevereiro de 2001, Série C No. 73, §§ 63-73.

é “gerada por atos ou omissões de qualquer poder ou órgão, independentemente de sua hierarquia, que violem a Convenção Americana. Isto é, todo ato ou omissão, imputável ao Estado, em violação às regras do Direito Internacional dos Direitos Humanos, compromete a responsabilidade internacional do Estado”.

Desse modo, nem mesmo as normas processuais previstas na Constituição de 1988 são imunes ao filtro de convencionalidade da CADH. É preciso tratar o texto constitucional também como “lei interna” para fins de observância do texto da CADH.

3.3 O CPC/2015 REVISITADO PELA CADH

É necessário também repensar o CPC/2015 à luz da CADH. Afinal, as leis internas dos Estados também precisam estar adaptadas à CADH. Dois exemplos expõem a inevitabilidade desse filtro pela CADH: os arts. 162 e 447, ambos do CPC/2015.

O art. 162 do CPC dispõe que o juiz nomeará intérprete ou tradutor quando necessário para: I - traduzir documento redigido em língua estrangeira; II - verter para o português as declarações das partes e das testemunhas que não conhecerem o idioma nacional; III - realizar a interpretação simultânea dos depoimentos das partes e testemunhas com deficiência auditiva que se comuniquem por meio da Língua Brasileira de Sinais, ou equivalente, quando assim for solicitado.

Conclui-se do artigo acima que o tradutor ou o intérprete são “auxiliares da justiça”, e não das partes. O legislador está preocupado que o juiz compreenda o que a parte comunica. Não há preocupação direta com as partes que não sabem se comunicar (seja estrangeiro ou surdo, por exemplo).

Ocorre que o direito ao intérprete, previsto no art. 8.2.a da CADH, é direito do cidadão em juízo de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal. É direito da parte, e não do juiz. O titular do direito é a parte, e não o juiz.

Como se trata de uma forma de “reconhecer e resolver os fatores de desigualdade de quem é levado diante da justiça”, é necessário oferecer um tradutor ou intérprete à parte (e não ao juiz) que desconhece o idioma em que se desenvolve o procedimento⁷⁷¹. No Caso Vélez Loor c. Panamá⁷⁷², por exemplo, um equatoriano foi preso e passou a responder a um procedimento de deportação em razão de irregularidades de documentação. Ao longo da sentença, a CorteIDH chegou a afirmar que “os estrangeiros detidos num meio social e jurídico diferente do seu, e muitas vezes com um idioma que desconhecem, experimentam uma condição de particular vulnerabilidade”.

771 *O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal*, Opinião Consultiva OC-16/99, 1 de outubro de 1999, Série A No. 16, §§ 119 e 120.

772 *Vélez Loor c. Panamá*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de novembro de 2010, Série C No. 218, § 152.

É curioso, aliás, que num país como o Brasil, onde tanto se discute sobre o contraditório e a ampla defesa, não se tenha chegado à conclusão que a parte que não fala a língua do processo (estrangeiro ou surdo) não terá nunca garantido integralmente seu direito à ciência dos atos do processo, direito à reação e direito à influência sobre a decisão do juiz sem um tradutor ou um intérprete.

Outro exemplo é o do art. 447 do CPC. Segundo esse artigo, os menores de 16 anos são considerados incapazes e não podem depor em juízo, salvo autorização judicial (art. 447, § 1º, III e § 4º). A esse respeito, a doutrina explica que o menor de dezesseis anos é considerado incapaz de depor e pode ser ouvido apenas como informante (BUEÑO, 2017, p. 429). A recomendação, por sinal, é não ouvir o depoimento do menor, especialmente nas causas em que, por exemplo, litigam o pai e a mãe sobre a guarda do menor: “não se deve admitir seu depoimento ou admitir que as suas declarações sirvam para que um de seus pais resulte vitorioso” (MARINONI ET AL, 2015, p. 456).

Há quem diga, por outro lado, que esse dispositivo do CPC é contrário ao art. 12 da Convenção da ONU⁷⁷³ sobre os Direitos da Criança (MOLLICA, 2017, p. 339-340; WAMBIER ET AL, 2015, p. 731) e ao art. 8.1 da CADH (FONSÊCA, 2018-b, p. 154-156). De fato, o art. 12 da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança dispõe que se deve proporcionar à criança “a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional”. É um direito complementar ao direito de ser ouvido previsto no art. 8.1 da CADH.

Deve-se lembrar do Caso *Atala Rizzo e filhas c. Chile*⁷⁷⁴, quando a CorteIDH decidiu que, em ação de guarda, a preferência das filhas em permanecer com a mãe deveria ser levada em consideração pelo Poder Judiciário. A CorteIDH considerou que a Corte Suprema de Justiça do Chile desconsiderou a vontade expressa das filhas em ficar sob a guarda da mãe, razão pela qual houve violação ao art. 8.1 da CADH. Para tanto a CorteIDH lembrou, nesse caso, que, para o exercício do direito da criança a ser ouvida: a) não se pode partir da premissa que uma criança é incapaz de expressar suas próprias opiniões; b) a criança não é obrigada a ter necessariamente um conhecimento exaustivo sobre os aspectos do assunto que a afeta, mas apenas uma compreensão suficiente para ser capaz de ter um juízo próprio sobre o assunto; c) a criança pode expressar suas opiniões sem pressão e pode escolher se quer ou não exercer seu direito de ser ouvida; d) a criança tem o direito de ser informada sobre os assuntos, as opções e as possíveis decisões que podem ser adotadas e suas consequências; e) a capacidade da criança deve ser sempre avaliada para levar-se em conta suas

⁷⁷³ Promulgado no Brasil pelo Decreto n. 99.710, de 21/11/1990.

⁷⁷⁴ *Atala Rizzo e filhas c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de fevereiro de 2012, Série C No. 239, §§ 196-208.

opiniões; e f) os níveis de compreensão das crianças não são ligados de maneira exata à sua idade biológica.

Por tudo isso, à luz do art. 8.1 da CADH e art. 12 da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, é preciso reinterpretar o art. 447, III e § 4º, do CPC como um direito da criança e do adolescente, e não como um obstáculo ao direito de ser ouvido em juízo.

Os dois exemplos acima – do art. 162 e do art. 447 do CPC – demonstram que o legislador brasileiro não pode tudo. A CADH também precisa ser observada quando o Código de Processo Civil dispõe sobre direitos humanos.

3.4 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS REFORMULADOS PELA CADH

Para demonstrar a necessidade de repensar os princípios processuais, a partir do ponto de vista da CADH, serão citados dois exemplos: o princípio da razoável duração do processo e o princípio da presunção de inocência.

O princípio da razoável duração do processo, previsto expressamente no inciso LXXVIII do art. 5º. da Constituição brasileira, não pode ser mais interpretado “à brasileira”. Qual é essa interpretação “à brasileira”? Todos já ouviram falar sobre a morosidade da justiça brasileira. A justiça demora em suas respostas (às vezes até demais). A lentidão dos processos judiciais é rotina diária e conhecida de quem atua na justiça civil. De tão comum, normalizou-se a ideia da lentidão da justiça. Aceita-se o fato de termos uma justiça morosa como algo tolerável: “o Poder Judiciário é assim mesmo. O que se vai fazer?”.

Os padrões internacionais exigidos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos têm muito a dizer sobre isso. Não é “normal” aceitar processos longos e morosos sem justificativas plausíveis. O art. 8.1 da CADH prevê expressamente que “[t]oda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal (...)”. Pode-se dizer que a redação da CADH “coincide” com a redação do texto constitucional brasileiro, concluindo-se, apressadamente, que não haveria nada de “novo” a se repensar.

O problema (ou melhor, a solução) reside no fato de que a jurisprudência da CorteIDH tem entendimento muito mais rigoroso e efetivo sobre a garantia do prazo razoável prevista no art. 8.1 da CADH. A CorteIDH não entende o prazo razoável como uma “faculdade” dos Estados. Pelo contrário: a CorteIDH exige, a partir da ratificação da CADH, que os Estados imprimam esforços no sentido de garantir sempre a razoabilidade da duração do processo. O direito a um prazo razoável é direito autônomo e, por si só, pode gerar violações de direitos humanos. O Brasil, aliás, já foi condenado várias vezes por violação ao direito ao prazo razoável do art. 8.1 da CADH. Processos judiciais brasileiros com cumprimento de sentença depois de 20 anos e investigações

que demoraram mais de 15 anos não foram considerados “normais” pela CorteIDH (FONSÊCA, 2018-b, p. 149-154).

Por isso, defende-se que se use, por exemplo, os quatro critérios da jurisprudência da CorteIDH para se aferir se um prazo é razoável ou não (ALBANESE, 2000, p. 68-70; FONSÊCA, 2017, p. 96-97): 1) a complexidade do assunto; 2) a atividade processual do interessado; 3) a conduta das autoridades judiciais; e 4) os efeitos gerados pela duração do processo na situação jurídica da pessoa envolvida⁷⁷⁵. Esses critérios densificam o direito a um prazo razoável no processo e auxiliam as partes e o juiz a quantificarem o que se pode entender por razoabilidade.

O segundo exemplo de princípio a ser repensado é o da presunção de inocência. Tradicionalmente, o princípio da presunção de inocência é alocado no processo penal, como se apenas ao âmbito criminal essa garantia fosse aplicável. Há tempos, é verdade, o processo civil brasileiro não se preocupa com a dimensão extrapenal ou civil do direito à presunção de inocência (COSTA, 2017). Também aqui há um engano a ser corrigido à luz da CADH.

O art. 8.2 da CADH prevê que “[t]oda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Em leitura apressada, pode-se pensar que a redação literal do artigo da CADH impõe a presunção de inocência apenas ao processo penal, pois fala-se apenas em “pessoa acusada de delito”. Ocorre que a jurisprudência da CorteIDH, ao interpretar essa regra, estende a garantia da presunção de inocência inclusive a causas não-penais. No Caso Baena Ricardo e outros c. Panamá⁷⁷⁶, o Estado do Panamá alegou que não precisava garantir a presunção de inocência para discutir a demissão sumária de 270 servidores públicos que participaram de manifestação contra o governo. A alegação de que a presunção de inocência seria exclusivamente “penal” foi rejeitada pela CorteIDH, que entendeu que deveria ser aplicada ao caso a garantia do art. 8.2 da CADH. A mesma discussão foi também travada no Caso López Mendonza c. Venezuela⁷⁷⁷, por exemplo. A CorteIDH, então, estendeu a garantia da presunção de inocência a causas não-penais, dilatando o conceito de direito de defesa dos réus em causas cíveis (CARRASCO, 2010, p. 361-364).

A repercussão dos dois casos acima – de princípios processuais a serem reformulados pela CADH – desemboca no tão caro sobreprincípio do devido processo legal. É tamanha a incidência da CADH, reformulando os princípios do processo, que a doutrina propõe hoje a expressão “devido processo convencional”, para incluir também as garantias convencionais previstas em tratados internacionais de direitos humanos (FONSÊCA, 2018-b, p. 168-171; SILVA, 2016, p. 55-80).

⁷⁷⁵ *Valle Jaramillo e outros c. Colômbia*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 27 de novembro de 2008, Série C No. 192.

⁷⁷⁶ *Baena Ricardo e outros c. Panamá*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 2 de fevereiro de 2001, Série C No. 72, § 126.

⁷⁷⁷ *López Mendonza c. Venezuela*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de setembro de 2011, Série C No. 233, §§ 126-133.

3.5 OS INSTITUTOS PROCESSUAIS CLÁSSICOS RECONFIGURADOS PELA CADH

Da mesma forma, temas caros aos processualistas devem ser reconfigurados pela CADH. Assim como vários institutos precisaram ser revistos quando entrou em vigor a Constituição de 1988, a CADH também impõe uma nova visão de institutos processuais clássicos. Exemplo disso é a coisa julgada.

A coisa julgada em geral é vista com grau de definitividade. Salvo os casos excepcionais de contraste da coisa julgada (como a ação rescisória), não é possível alterar ou afastar a coisa julgada.

A jurisprudência da CorteIDH, porém, evoluiu no sentido da teoria da “coisa julgada aparente ou fraudulenta” (FONSÊCA, 2018-b, p. 129-137; ZILLI, 2011). Para a jurisprudência da CorteIDH, a coisa julgada formada no direito interno pode ser revista pela própria CorteIDH em casos excepcionais, quando houver uma situação claramente dirigida a propiciar impunidade (HITTERS e FAPPIANO, 2012, p. 611-622).

Exemplo disso ocorreu no Caso Carpio Nicolle e outros c. Guatemala⁷⁷⁸. Um jornalista envolvido com manifestações políticas foi executado por 15 homens armados após críticas ao golpe na Guatemala. As investigações sobre a execução da vítima foram sempre obstruídas por agentes do Estado e por grupos paralelos. No final, os acusados do crime foram absolvidos, em clara demonstração de impunidade no país. A CorteIDH entendeu, nesse caso, estar diante de uma “coisa julgada fraudulenta” que resulta de um julgamento no qual não foram respeitadas as regras do devido processo ou quando os juízes não atuaram com independência e imparcialidade. Por isso, determinou ao Estado outorgar todas as garantias de segurança suficientes às testemunhas, aos juízes, aos membros do Ministério Público e às famílias das vítimas, para “remover todos os obstáculos e mecanismos de fato e de direito que mantêm a impunidade”. Em outras palavras: a CorteIDH determinou que o caso fosse reaberto, mesmo após sentença de absolvição com coisa julgada.

Em razão dessa possibilidade de rever a coisa julgada, a doutrina considera há tempos que “as Cortes Supremas já não são supremas” (PIZA R. e TREJOS, 1989, p. 149). A coisa julgada interna não é tão coisa julgada assim. Afinal, a coisa julgada hoje pode ser afastada pela CorteIDH em Estados que reconhecem sua jurisdição obrigatória, mesmo que em situações excepcionais como situações de impunidade. Isso muda o modo como pensamos a coisa julgada. A coisa julgada “interna” pode, então, ser alterada pela coisa julgada “internacional”.

⁷⁷⁸ *Carpio Nicolle e outros c. Guatemala*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 de novembro de 2004, Série C No. 117, §§ 131-134.

3.6 A JURISPRUDÊNCIA DA CORTEIDH COMO PRECEDENTE JUDICIAL

Por fim, outra relação possível entre o processo civil brasileiro e a CADH seria cogitar a jurisprudência da CorteIDH como precedente judicial no processo brasileiro. Poderia o juiz nacional invocar a jurisprudência da CorteIDH tal como invoca os precedentes do STF e do STJ? A jurisprudência da CorteIDH poderia estar incluída no rol dos precedentes do art. 927 do CPC?

A resposta é positiva. No processo civil, o juiz brasileiro pode invocar a jurisprudência da CorteIDH tal como se fosse qualquer precedente judicial. Pode-se defender também que o juiz brasileiro tem na jurisprudência da CorteIDH um precedente obrigatório.

Isso ocorre porque o Brasil aceitou a jurisdição obrigatória da CorteIDH a partir de 1998 pelo Decreto Federal n. 4.463, de 08/11/2002. A CorteIDH é, então, órgão judicial autônomo para o Brasil na forma dos arts. 33, 61 e 62 da CADH (DEZEM, 2011, p. 1152). A CorteIDH funciona para nós como se fosse qualquer outro tribunal.

A própria CorteIDH, em várias passagens de sua jurisprudência, já indicou que sua jurisprudência é obrigatória tanto para as partes envolvidas no processo internacional perante o tribunal (incluindo o Estado acusado de violação de direitos humanos), como também para todos os Estados-partes sob a jurisdição da CorteIDH. Isso quer dizer que a jurisprudência da CorteIDH tem eficácia *erga omnes*, ou seja, deve ser seguida por todos (FONSÊCA, 2018-b, p. 92; MAC-GREGOR, 2003).

Essa ideia de eficácia *erga omnes* da jurisprudência da CorteIDH ficou bem delineada no Caso Gelman c. Uruguai⁷⁷⁹. Nesse caso, a CorteIDH deu um passo adiante para sustentar sem hesitar que “suas sentenças não são apenas válidas para o caso concreto (vinculação direta *inter partes*)”, mas também que “produzem efeitos vinculantes para todos os Estados signatários da CADH no que se refere à interpretação que esta Corte realiza das normas convencionais (vinculação indireta *erga omnes*)” (HITTERS, 2013, p. 1-4).

A CorteIDH fez uma diferença de vinculação às sentenças da CorteIDH aos Estados que tenham sido ou não partes no processo internacional: 1) quando o Estado é parte de um caso submetido à CorteIDH (eficácia *inter partes*); 2) quando o Estado não é parte de um caso submetido à CorteIDH (eficácia *erga omnes*). No primeiro caso (eficácia *inter partes*), o Estado está submetido à coisa julgada internacional estabelecida pela CorteIDH. Já no segundo caso (eficácia *erga omnes*), todos os Estados-partes são obrigados a seguir a interpretação dada à CADH pela CorteIDH. É, por essa razão, que se diz que a CorteIDH é “intérprete última” da CADH (MAZZUOLI, 2016, p. 39).

Por isso, mesmo que a jurisprudência da CorteIDH não esteja presente no rol do art. 927 do CPC, o ordenamento jurídico brasileiro – que acolheu a CADH como norma jurídica interna e reconheceu a jurisdição obrigatória da CorteIDH – reconhece,

⁷⁷⁹ *Gelman c. Uruguai*, Supervisão de Cumprimento de Sentença, Resolução de 20 de março de 2013, §§ 69 e seguintes.

sim, a jurisprudência da CorteIDH como precedente obrigatório para o juiz nacional.

Em caso recente⁷⁸⁰, houve um belo exemplo de observância da jurisprudência da CorteIDH no Brasil. O Superior Tribunal de Justiça condenou o Estado do Amazonas a pagar danos morais em razão de uma demora de dois anos e meio para um despacho inicial de citação em execução de alimentos em tramitação na justiça amazonense. No acórdão, o relator lembrou que o Brasil já havia sido condenado pela CorteIDH no Caso Ximenes Lopes vs. Brasil e no Caso Garibaldi vs. Brasil, justamente em razão da violação do direito ao prazo razoável, previsto no art. 8.1 da CADH. Para o relator, “[a]s seguidas condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por esse motivo impõem que se tome uma atitude também no âmbito interno, daí a importância de este Superior Tribunal de Justiça posicionar-se sobre o tema” (FONSÊCA, 2019, p. 327-344).

O precedente acima do STJ não pode ser uma exceção. Deve-se desenvolver na jurisprudência brasileira, especialmente dos tribunais superiores, o sentimento pela necessidade de observância da jurisprudência da CorteIDH. Alguns estudos recentes, inclusive, já demonstram de que maneira o Supremo Tribunal Federal, em seus acórdãos, cuida dos tratados internacionais de direitos humanos a partir da observância da jurisprudência da CorteIDH (LIMA, 2018, p. 250-255).

Ao reconhecer a obrigatoriedade da jurisprudência da CorteIDH (eficácia *erga omnes*), o Brasil estará seguindo a mesma trilha de países como a Costa Rica, a Colômbia, a República Dominicana, o Peru, a Argentina, o Equador e a Bolívia. Todos estes Estados-partes reconhecem o valor persuasivo da jurisprudência da CorteIDH (ALFONSO, 2010, p. 65-79; CARBONELL, 2013, p. 25-32; MOREIRA, 2018, p. 581-607; OTEIZA, 2012, p. 221-223).

4. CONCLUSÕES

O estudo demonstrou, ao final, que o processualista civil não pode abrir mão da CADH em seus estudos. O legislador brasileiro e mesmo o constituinte de 1988 não estão imunes às transformações exigidas pela CADH. É o que aconteceu, por exemplo, com a regra constitucional da prisão civil do depositário infiel no RE 466.343 do STF. É preciso, sim, repensar e revisitar o processo civil à luz da CADH.

Há diversos temas do processo civil que perpassam a CADH cuja discussão não pode fugir do debate em torno dos direitos humanos. Como bem acentuou o STJ no acórdão acima indicado (REsp n. 1.383.776), é preciso posicionar-se sobre o tema. Manter-se afastado da CADH é manter-se omissos quanto às obrigações internacionais assumidas pelo Brasil e possibilitar a responsabilização internacional do país. Não falar da CADH é fingir que o processualista civil está acima desse enfrentamento.

780 STJ, 2ª. Turma, REsp n. 1.383.776/AM, Rel. Min. OG Fernandes, julgado em 06/09/2018, DJe 17/09/2018.

Se temos uma justiça lenta e morosa, é preciso discutir o que é um prazo razoável à luz da CADH. Se uma das partes é surdo, é preciso pensar se ela tem direito a intérprete. Se temos discutido longamente o que é um “juiz imparcial”, é preciso verificar o que a CADH diz a respeito. Escapar dessas questões é também colocar uma venda para não enxergar as vítimas das violações aos arts. 8º. e 25 da CADH, mesmo no processo civil.

BIBLIOGRAFIA

ALBANESE, Susana. *Garantías judiciales*: alguns requisitos del debido proceso legal em el derecho internacional de los derechos humanos. Buenos Aires: Ediar, 2000.

ALFONSO, César. La obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH según el texto de la CADH. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Coordenação de Kai Ambos *et al.* Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010.

BROTTONS, Antonio Remiro. *Derecho internacional público*: derecho de los tratados. Madri: Tecnos, 1987.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. Coordenação de Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CANTOR, Ernesto Rey. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México: Porrúa, 2008.

CARBONELL, Miguel. El controle de convencionalidad: rasgos generales y recepción en el sistema jurídico mexicano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, v. 20, jul.-dez./2013.

CARRASCO, Salvador Herencia. El derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Coordenação de Kai Ambos *et al.* Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010.

CORAO, Carlos M. Ayala. *Del diálogo jurisprudencial ao control de convencionalidad*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Presunção de inocência civil: algumas reflexões no contexto brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 100, p. 129, ou.-dez./2017.

DEZEM, Guilherme Madeira. A Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FONSÊCA, Vitor. A aplicação do artigo 8º. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos às causas cíveis. *Revista IIDH*, n. 67, 2018.

FONSÊCA, Vitor. Comentários ao art. 4º. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v.1. Coordenação de Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Dano temporal processual: a responsabilidade do Estado em razão da demora excessiva no processo e o REsp 1.383.776 *Dano temporal*: o tempo como valor jurídico. 2.ed. Coordenação de Gustavo Borges e Maurílio Casas Maia. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

_____. Os tratados de direitos humanos como fontes do Direito Processual Civil. *Revista de Processo*, n. 194, abr./2011.

_____. *Processo civil e direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad: el efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana. *La Ley*, n. 96, 27/05/2013.

HITTERS, Juan Carlos; FAPPIANO, Oscar L.. *Derecho internacional de los derechos humanos*. t.2. v.1. Buenos Aires: Ediar, 2012.

IBÁÑEZ, Juana Maria. Artículo 8: garantías judiciales. *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Coordenação de Christian Steiner e Patricia Uribe. La Paz: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.

JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LENZA, Pedro. As garantias processuais dos tratados internacionais sobre direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 92, p. 199, out.-dez. 1998.

LIMA, Luís Carlos Santos. Controle de convencionalidade e transnacionalidade: limites e potencialidades na relação entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Controle de convencionalidade: temas aprofundados*. Coordenação de Luciano Mariz Maia e Yulgan Lira. Salvador: JusPodivm, 2018.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional). *Derecho procesal constitucional*. t.2. Coordenação de Eduardo Ferrer Mac-Gregor. 4.ed. México: Porrúa, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni e Valerio de Oliveira Mazzuoli. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. A suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni e Valerio de Oliveira Mazzuoli. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MOLLIÇA, Rogério. Comentários ao art. 447. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coordenação de Cassio Scarpinella Bueno. v.1. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA, Thiago Oliveira. O exercício do controle de convencionalidade pelos tribunais latino-americanos. *Controle de convencionalidade: temas aprofundados*. Coordenação de Luciano Mariz Maia e Yulgan Lira. Salvador: JusPodivm, 2018.

OTEIZA, Eduardo. La doctrina de la Corte Interamericana referida al control difuso de convencionalidad *ex officio*. *Derecho jurisprudencial*. v.1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. Coordenação de Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIZA R., Rodolfo E.; TREJOS, Gerardo. *Derecho internacional de los Derechos Humanos: la Convencion Americana*. San José: Juricentro, 1989.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. *Revista de Processo*, v. 259, set./2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZILLI, Marcos *et al.* *Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta: a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. v.2. Coordenação de Kai Ambos *et al.* Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011.

A COLABORAÇÃO PREMIADA E A SUA TENSÃO COM AS GARANTIAS PROCESSUAIS DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Fernando de Brito Alves

Renan Posella Mandarinino

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de investigar a possibilidade de compatibilizar a eficiência da colaboração premiada com as garantias do sistema acusatório, confrontando o procedimento previsto na Lei nº 12.850/13 com as garantias judiciais. O método utilizado é o dedutivo para abordagem de pesquisa qualitativa. O trabalho é bibliográfico e desenvolve conceitos relativos ao processo penal, à colaboração premiada e às garantias processuais. O principal resultado é que as garantias previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos são pontualmente desrespeitadas pelo procedimento de colaboração premiada proposto na Lei nº 12.850/13.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada. Garantias. Eficiência. Processo penal. Justiça negociada.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O modelo consensual de justiça penal: a tensão entre a eficiência probatória e as garantias processuais; 3. A delação premiada e as limitações das garantias judiciais da Convenção Americana de Direitos Humanos; 3.1 A presunção de inocência e o direito à não autoincriminação (*'nemo tenetur se detergere'*); 3.2 A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos; 3.3 O direito ao contraditório e à ampla defesa; 3.4 A necessidade de individualização da pena: o nexu retributivo entre pena e delito; 3.5 A ausência de isonomia processual; 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A expansão da justiça penal negociada provoca um paradoxo: ao mesmo tempo em que simplifica a obtenção de informações probatórias, ela dirime o efetivo julgamento através de um processo justo e suprime a aplicação dos direitos humanos fundamentais. O eficientismo penal, imbuído do desejo reducionista e utilitarista do processo, causa irritações nos limites garantistas subsidiados pela Convenção Americana de Direitos humanos e pelos direitos fundamentais da Constituição Federal.

O presente trabalho busca investigar a possibilidade de compatibilizar a eficiência da colaboração premiada com as garantias inerentes ao sistema acusatório, confrontando o procedimento previsto na Lei nº 12.850/13 com a presunção de inocência e o direito à não autoincriminação (*'nemo tenetur se detergere'*), a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, o direito ao contraditório e à ampla defesa, necessidade de individualização da pena e a ausência de isonomia processual.

Inicia-se o desenvolvimento da pesquisa examinando a tensão existente entre a eficiência probatória da delação premiada e as garantias processuais da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em seguida, passa-se a confrontar o procedimento da colaboração premiada, previsto na Lei nº 12.850/13, com as garantias judiciais do citado diploma internacional.

O trabalho é bibliográfico e desenvolve conceitos relativos ao processo penal, à colaboração premiada e às garantias processuais. Na perspectiva metodológica, o objeto de análise é a crítica à dogmática jurídica nacional através do confronto com dogmática jurídica internacional.

O artigo é escrito pela abordagem de pesquisa qualitativa sob as orientações do método de pesquisa dedutivo, dialético e com objetivos exploratórios.

2. O MODELO CONSENSUAL DE JUSTIÇA PENAL: A TENSÃO ENTRE A EFICIÊNCIA PROBATÓRIA E AS GARANTIAS PROCESSUAIS

O modelo de justiça consensual surge a partir da necessidade de celeridade e de eficiência no sistema jurídico-penal. Fruto das pressões sociais contemporâneas por respostas rápidas do Estado aos comportamentos delitivos, a consensualidade se insere no processo penal como um mecanismo fundamental para composição dos conflitos penais.

A proposta de “diversificação” ou “diversão” dos procedimentos penais possui o escopo de flexibilizar a perseguição penal e de maximizar as alternativas para a solução dos conflitos de natureza penal diversas do sistema acusatório tradicional.

A delação premiada é uma ferramenta de flexibilização da justiça. Não no sentido linear de sedimentação do conflito penal entre autor e vítima, mas em direção à simplificação da complexidade da investigação e da prova penal. É um instituto pautado pela aceitação de ambas as partes (acusação e delator) a um acordo de colaboração processual com o afastamento do imputado de sua posição de resistência. Esta é uma espécie de consensualidade conhecida como *justiça penal negociada*.

A justiça penal negociada determina uma nova leitura das bases que fundamentam o processo penal, resgatando os fundamentos originários do sistema de *common law* (NARDELLI, 2014, p. 340).

Na busca de reorganizar a funcionalidade do sistema processual, a orientação consensual é um caminho sedutor, pois promete uma facilitação em dois sentidos: aumenta a capacidade de trabalho do sistema jurídico-penal e arrefece seus problemas de legitimação dos conflitos.

Jürgen Wolter apresenta instigante análise acerca da tensão *conflito-consenso* no processo penal. Essa antinomia existe em razão da heterogeneidade da fenomenologia crimi-

nal: de um lado, a pequena criminalidade e, de outro, a criminalidade grave. O processo penal se estrutura numa dialética possível de ser demonstrada graficamente: a polaridade conflito e consenso constitui o eixo vertical de um sistema de coordenadas e, o outro eixo, representa a fronteira entre a pequena criminalidade e criminalidade grave:

Naturalmente distintos do ponto de vista lógico-teorético, a verdade é que os dois eixos referidos – o *vertical*: conflito/consenso; o *horizontal*: pequena criminalidade/criminalidade grave – propendem a separar a fenomenologia criminal segundo linhas sensivelmente sobreponíveis. Concretamente, e embora não esgote o espaço de consenso, é invariavelmente a pequena criminalidade que aparece referenciada como pacificamente vocacionada para soluções processuais do consenso (ANDRADE, 1988, p. 335).

A vocação inicial do modelo consensual era resolver a criminalidade menos ofensiva e evitar que o processamento das infrações sobrecarregasse os órgãos de justiça.

As medidas despenalizadoras da Lei nº 9.099/95 (suspensão condicional do processo, transação penal e composição civil dos danos) foram elaboradas com o viés de agilizar a solução de conflitos de baixa complexidade e promover a economia processual. Elas visam a não discutir o mérito da causa processual, no que se denomina de *nolo contendere*: o acusado não contesta a imputação a ele dirigida, nem assume a culpabilidade.

Essa mesma vocação consensual das medidas despenalizadoras sofreu ampliações para criminalidade de média gravidade. A recente Lei nº 13.964/19 criou o art. 28-A do Código de Processo Penal, que passou a prever os acordos de não persecução penal para os casos em que o investigado confesse formal e circunstancialmente a prática da infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos.

Contudo, se antes a legitimação processual do modelo consensual era evitar o prolongamento judicial de pequenos delitos e se esquivar de discutir o mérito da ação penal, o que se vislumbra com os pactos colaborativos é uma realidade consensual inversa aos fins inicialmente projetados: a utilização de acordos para discutir a culpabilidade, produzir provas e buscar a verdade relativa aos crimes de alta complexidade, estimulando o acusado a confessar e a colaborar com a justiça nos esclarecimento dos fatos.

A colaboração premiada exemplifica o sistema de coordenadas proposto por Wolter. Ao traçar uma linha hipotética (mediatriz) a partir do vértice do eixo de coordenada, sobrepondo o eixo horizontal com o vertical, depreende-se que à medida que a criminalidade se agrava e torna-se complexa, a opção pela aplicação da consensualidade também aumenta.

A evolução da criminalidade não permite que os acordos sejam aplicados apenas aos delitos de pequena e média gravidade. Analisada no sentido prospectivo, a mediatriz representa o instituto da delação premiada, mecanismo este que tangenciaria a criminalidade complexa com o modelo consensual.

Manuel da Costa Andrade (1988, p. 335) frisa que a distinção entre o *espaço de conflito* e o *espaço de consenso* tem relação com “[...] a postura ou atitude espiritual e cultural dos diferentes sujeitos processuais, com os modelos de interação bem como o compromisso e o empenhamento intersubjectivo no que toca ao *out-put do processo*”. São os *outputs* de outros subsistemas que orientam a escolha política criminal do subsistema processual. Essa interação sistêmica de informações (*inputs* e *outputs*) é que define a seleção do paradigma do consenso ou do conflito.

A Lei nº 12.850/2013 demonstra a opção político-criminal pelas práticas negociais como instrumento não para estancar conflitos, mas, como um mecanismo para melhorar a eficiência probatória do processo penal. Gradativamente, hipertrofia-se a complexidade dos delitos referentes à criminalidade organizada (tráfico de drogas, corrupção, etc.) e aos delitos de natureza econômica (sonegação de impostos, lavagem de dinheiro, desvio de dinheiro público, etc.).

As modernas tendências, verificadas no processo penal, são resultantes dos *outputs* produzidos no âmbito do direito penal material. No que se refere aos novos ritos de natureza negocial, estes possuem a difícil missão de absorver a sobrecarga penal, vertendo-se ao terreno processual os problemas não resolvidos pelo direito material.

O modelo negocial tornou-se um mecanismo para dar funcionalidade aos interesses político-criminais. Percebe-se a alteração nas finalidades do processo penal, o qual não visa tão somente ser um instrumento de persecução criminal e determinação de pena, mas também, um sistema aberto aos *outputs* do direito penal.

Outputs vinculados a uma concepção de um risco iminente nas relações sociais, os quais impõe a necessidade de promover a sensação de tranquilidade e segurança no contexto de uma criminalidade difusa e complexa (ALVES; KAZMIERCZAK, 2016, p. 55).

O movimento de expansão da justiça criminal negocial é uma tendência universal. Aliás, a Recomendação R (87) nº 18, de 17 de setembro de 1987, do Conselho de Ministros da Justiça da Europa “expressamente recomenda o procedimento de assunção de culpa com vistas a acelerar a justiça”.

Essa postura já havia sido anteriormente indicada na Resolução (75) nº 11, em que o comitê advertira sobre a necessidade de simplificação dos procedimentos criminais em casos de infrações de pouca gravidade.

Cabe, ainda, aventar a Resolução nº 45/110 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1990 (conhecida como Regras de Tóquio), que aborda os requisitos mínimos para a elaboração de penas não privativas de liberdade e, ao dispor sobre o momento prévio ao juízo, sugere a possibilidade de retirada da acusação em casos de pouca gravidade a partir de critérios utilitários (VASCONCELLOS, 2020, p. 168).

O problema de universalizar os modelos consensuais para solução de conflito é a sua dificuldade de implementação. O transplante desses modelos para países latino-americanos enfrenta obstáculos de cunho normativo e da realidade social:

[...] tendo-se em tela o panorama latino-americano, ressalta-se a necessidade de cautela diante das soluções consensuais, sendo patente a falácia do pretense discurso legitimador – pautado por argumentos eficientistas e um suposto benefício a todos os envolvidos no acordo –, diante das reais consequências e dos efetivos destinatários das punições sem processo em um cenário de perturbadora desigualdade e seletividade na concretização do poder punitivo (VASCONCELLOS, 2020, p. 164).

Se por um lado, o modelo negocial fornece eficiência processual, por outro, sofre com as limitações das garantias processuais. O desafio que se põe é compatibilizar o referido modelo com a dinâmica processual.

3. A DELAÇÃO PREMIADA E AS LIMITAÇÕES DAS GARANTIAS JUDICIAIS DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O processo penal centra-se em três vetores: *garantia*, *funcionalidade* e *eficiência*. A integração político-criminal das formas de diversificação processual reside na possibilidade de conciliar as necessidades de *garantia* do cidadão com as não menos necessárias *funcionalidade* e *eficiência* do sistema punitivo (FERNANDES, 2001, p. 829).

O desafio de conciliar esses vetores é bastante complexo. A observância das garantias que integram o processo justo constitui o modelo padrão a ser respeitado na definição do procedimento no plano abstrato e normativo.

As garantias judiciais são concebidas como instrumentos de promoção e tutela dos direitos humanos no processo penal. Elas se qualificam como parâmetros aptos a nortear o relacionamento e a convivência entre os diversos interesses e, paralelamente, promover o resultado devido.

O respeito às garantias judiciais assegura que a forma procedimental para a colheita de provas e as liberdades públicas fundamentais não sejam violadas pelo poder punitivo. José de Faria Costa (2006, p. 95) orienta que:

A diminuição das garantias processuais é um dos aspectos que mais rapidamente se manifestam enquanto característica do Estado punitivo. Não por acaso é o direito processual penal visto como a mais sensível das sensíveis às variações mínimas das estruturas do poder.

A funcionalidade da justiça criminal para reprimir e prevenir delitos deve estar alinhada ao valor da dignidade da pessoa humana. A grande dificuldade é compatibilizar os interesses do poder punitivo de “defesa social” com os interesses do acusado de preservar sua dignidade humana, mais especificamente quando entra em cena a necessidade de produzir provas.

Jürgen Wolter (2005, p. 228-229 e 242) alerta para o perigoso uso do princípio da proporcionalidade no processo penal na tentativa de harmonizar a dignidade humana e a liberdade com a justiça penal e seu caráter preventivo. As liberdades são suprimidas em razão do interesse de prevenção da criminalidade grave. A efetividade da persecução criminal e da segurança dos cidadãos, em prol do bem comum, parece mais relevante que a proteção da dignidade humana do indivíduo num processo penal liberal.

Para Wolter (2005, p. 230), a dignidade do homem e o livre desenvolvimento de sua personalidade são o “coração” dos direitos fundamentais de qualquer Estado Democrático de Direito. A dignidade humana possui dois significados no processo penal: em sentido negativo, a ausência de coação, e, em sentido positivo, a possibilidade jurídica constitucionalmente garantida de desenvolver sua personalidade e de autodeterminação.

Os métodos de colheita das provas em processo penal devem invadir minimamente o âmbito privado do acusado. As técnicas investigativas mais invasivas à intimidade do acusado devem ser usadas se não for possível esclarecer os fatos por outros meios de prova.

Ficam proibidos os maus tratos e a tortura, o desrespeito à presunção de inocência, a inobservância ao direito ao silêncio e de não autoincriminação, a desconsideração da igualdade das partes e o estímulo à renúncia do direito de defesa. Além dessas premissas, as provas devem ser produzidas com fundamento ao previsto em lei, vedadas aquelas obtidas por meios ilícitos, devendo obedecer às diretrizes do devido processo legal.

A delação premiada é uma prova que estabelece essa tensão entre a funcionalidade do direito penal, criada para proporcionar a segurança dos cidadãos e a confiança nas instituições estatais, e os valores individuais tutelados pelo Estado para o acusado ter o direito a um julgamento dentro dos parâmetros do devido processo legal.

Essa “luta contra a criminalidade organizada”, sempre visando os interesses da população, faz um contrapeso aos interesses elementares da liberdade do imputado no processo penal (WOLTER, 2005, p. 247-248).

Questiona-se, inclusive, se a delação premiada estaria de acordo com os preceitos constitucionais. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2006, p. 8) afirma que “[...] o instituto é inconstitucional, como se coloca hoje, e prejudicial à estrutura democrática da sociedade.”

Sustenta o autor que a delação é um instituto demasiadamente inquisitorial e a inquisitorialidade do processo penal é incompatível com a estrutura constitucional. Além disso, há ferimentos inadmissíveis ao devido processo legal, pois não se penaliza sem que haja processo. Na delação premiada, não há processo com julgamento justo, pois não há oportunidade de contraditório.

Jacques de Camargo Penteadó (2006, p. 640) ressalta a incompatibilidade do instituto da colaboração premiada com o Estado Democrático de Direito e com a garantia do devido processo legal. O seu processo legislativo de elaboração da lei previamente definido e regular, bem como a razoabilidade e senso de justiça para aplicação de seus dispositivos, não estão enquadrados nas preceituações constitucionais. Além disso, a delação premiada inibe a asseguuração da paridade de armas entre as partes, não havendo uma igualdade substancial entre a acusação e defesa.

Essas premissas permitem uma reflexão sobre a concordância prática da delação premiada com os preceitos universais da Convenção Americana de Direitos Humanos referentes à matéria, confrontando as garantias judiciais com o atual procedimento da colaboração processual previsto na Lei nº 12.850/2013.

3.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO ('NEMO TENETUR SE DETERGERE')

A presunção de inocência constitui orientação ideológica que deve presidir todas as atividades estatais relacionadas à persecução penal, tanto a legislativa como a administrativa e, sobretudo, a judicial. É uma garantia prevista no art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual assegura a todo acusado o direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. A mesma garantia também está insculpida no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal.

Antonio Magalhães Gomes Filho (2006, p. 321, grifo do autor) assevera que:

Como verdadeiro *princípio-garantia*, a *presunção de inocência* implica a predisposição de certos mecanismos pelo ordenamento jurídico, cujo objetivo é tornar seguros os direitos do cidadão diante do poder punitivo estatal e também diante dos outros cidadãos. Trata-se de estabelecer verdadeiros limites à atividade repressiva, demarcando uma espécie de “terreno proibido” no qual o legislador ordinário (e até mesmo o poder constituinte derivado) não pode penetrar, de forma a possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais envolvidos.

O aludido dispositivo é a exigência de que nenhuma condenação será proferida sem a prova da culpabilidade. O princípio da presunção de inocência possui três dimensões axiológicas: regra de tratamento, pois o suspeito de prática criminoso deve ser tratado como inocente no curso do processo; regra de garantia, visto que a Convenção Americana de Direitos Humanos assenta a observância estrita à legalidade na produção de provas; e regra probatória, que está vinculada à distribuição do ônus da prova e às normas de julgamento (NICOLITT, 2006, p. 59-64).

O ônus de demonstrar os fatos imputados ao réu é exclusivo da acusação. Não cabe ao imputado fornecer provas que possam lhe prejudicar. Com origem na presun-

ção de inocência, o direito à não autoincriminação revela a impossibilidade de obrigar o acusado a colaborar com a investigação dos fatos.

O direito de permanecer inerte às atividades persecutórias possui o escopo de proteger o indivíduo contra excessos no exercício do poder punitivo, os quais envolvem o resguardo contra violência física ou psicológica e a não admissão de mecanismos proibidos de interrogatório para que o imputado colabore com a investigação de delitos. Essa máxima é conhecida como *nemo tenetur se accusare* ou *nemo tenetur se detegere*.

O direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado é uma extensão da presunção de inocência, que se consubstancia no art. 8.2, g, do citado diploma universal. Essa formulação também assegura o direito ao silêncio, insculpida no art. 5º, inc. LXIII, do texto constitucional brasileiro, um direito fundamental para limitar o autoritarismo penal.

Há, portanto, a obrigatoriedade de efetiva comunicação prévia ao inquirido sobre a faculdade em questão, sob pena de invalidade de eventual confissão. Aliás, a confissão tem que ser livre de coação, com integral discernimento e voluntariedade do confessante (ALBUQUERQUE, 2009, p. 865).

O direito à não autoincriminação é uma das faces da presunção de inocência. Mas, há outro direito que complementa este e por ele é complementado que é o “direito de ser ouvido”. Esses dois direitos estão conectados ao princípio do contraditório e amplitude de defesa e, para o exercício de tais direitos, torna-se necessário conhecer o conteúdo da investigação que pode incriminá-lo ou afastar qualquer incriminação.

O art. 186 do Código de Processo Penal prevê o direito de o acusado permanecer calado em seu interrogatório, não consubstanciando o silêncio uma confissão, mas sim uma forma de defesa (BATISTI, 2009, p. 196).

No que tange à colaboração premiada, a Lei de Combate à Organização Criminosa (Lei nº 12.850/13), em seu art. 4º, §14, deixa expresso que “[...] nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

Disso resulta uma restrição ao direito de autoincriminação pelo fato de o instituto premial embasar-se na confissão plena e na cooperação do sujeito investigado pelos mesmos fatos objeto da apuração.

Ao confrontar a garantia judicial do direito ao silêncio com a norma jurídica de colaboração premiada, constata-se uma possível incompatibilidade.

Diga-se “possível”, porque há quem sustente a sua compatibilidade, uma vez que o direito ao silêncio é renunciável e viabilizaria atribuir efeito benéfico à confissão voluntariamente prestada. Ainda que acrescida da colaboração revelativa, não importa

violação do direito à não autoincriminação tampouco elimina a voluntariedade da renúncia à garantia de não se declarar culpado.

Nesse sentido, o direito ao silêncio é disponível e, portanto, situa-se na esfera de liberdade do titular do direito a decisão sobre opor-se, total ou parcialmente, ou, até mesmo, não se opor à imputação. O acusado não tem o dever fundamental de contrapor-se à pretensão punitiva e a confissão gerada pela colaboração premiada não possui eficácia isolada das demais provas colhidas no processo (PEREIRA, 2014, p. 58-59).

A garantia ao silêncio é uma faculdade do acusado livre e conscientemente colaborar com a justiça. Não haveria lógica o delator, no momento de prestar as informações, invocar seu direito constitucional e permanecer calado. Além disso, o delator presta o compromisso de dizer a verdade, sendo que, se a mentira de suas declarações for vislumbrada, ele responderá pelo crime de delação caluniosa previsto no art. 19 da Lei de Combate à Organização Criminosa.

Em sentido contrário, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato (2014, p. 134-135) defendem a incompatibilidade do instituo colaborativo com a norma de direitos humanos:

[...] dispositivo legislativo é claramente inconstitucional enquanto obriga (ou condiciona) o réu a abrir mão de um direito seu consagrado não apenas na Constituição como em todos os pactos internacionais de direitos humanos. Afinal, o réu simplesmente não está obrigado a fazer prova contra si em circunstância alguma, mesmo a pretexto de ‘colaborar’ com a Justiça, ou seja, na condição de colaborador. Afinal, interessa-lhe muito mais (é-lhe muito mais benéfico) uma sentença absolutória, que a aplicação dos benefícios decorrentes da colaboração.

Outro fundamento utilizado para rechaçar a incompatibilidade do dispositivo com o diploma humanitário é que o agente colaborador tem a posição de investigado ou réu, e não de testemunha. Se ele é investigado ou réu tem assegurado o direito ao silêncio, não podendo norma infraconstitucional impor a renúncia desse direito.

O agente colaborador não é “formalmente” uma testemunha; porém, fica nítido que o viés da Lei é transformar o delator numa figura muito aproximada da testemunha, principalmente ao dispor do compromisso da verdade e a configuração do crime caso descumpra o compromisso (MANDARINO, 2018, p. 403-407).

Isso reafirma a intenção de utilizar o delator como um elemento probatório essencial na persecução dos crimes organizados, invertendo-se o ônus da prova no processo penal e ferindo o princípio da presunção de inocência. Note-se que, o imputado deixa de ser um “sujeito” processual e se torna um “agente” colaborador, deixando sua condição passiva no processo para assumir o papel de figura ativa na busca da verdade.

A ideologia pautada pela busca da verdade real, que predomina no processo penal, inibe a eficácia dos direitos fundamentais. O interesse público na efetividade da

persecução penal faz com que a garantia da presunção de inocência seja solapada pelos ideais da defesa social.

A tendência do processo penal em obter a verdade dos fatos com a colaboração do acusado constitui claro resquício inquisitorial: o delator é a fonte de prova e existe uma ideia preconcebida de sua culpabilidade.

A utilização da confissão como melhor instrumento para se alcançar a verdade e a posição do acusado como detentor da plenitude de conhecimento sobre os fatos ocorridos denotam a lógica inquisitorial que envolve a aplicação do instituto da delação premiada.

Poder-se-ia falar em liberdade de escolha do acusado para confessar ou colaborar com as investigações, se não houvesse nos procedimentos de persecução penal uma ideia preconcebida de culpabilidade. A delação premiada consiste em um instrumento utilizado na contemporaneidade para “arrancar, com elegância”, a confissão do acusado. Não há como entender de outra forma: estimular a confissão equivale a estimular a autoincriminação (BRITO, 2016, p. 76-83).

Ainda que se aceite a confissão do delator compatível com as garantias judiciais do sistema acusatório, oportuno destacar que se trata de crimes de autorias complexas, inerentes aos crimes de organização criminosa.

Assim, a confissão do delator somente terá validade se estiver coerente com as demais provas. O requisito da coerência da confissão exige um nexo de coparticipação, causa ou efeito, continuação, ocultação ou reciprocidade com as demais provas (ALBUQUERQUE, 2009, p. 866).

Em sede de *habeas corpus*, impetrado em favor do paciente Alberto Youssef, no midiático caso da *Operação Lava-Jato*, o Supremo Tribunal Federal sustentou a prevalência do direito fundamental ao silêncio quando celebrado acordo de delação premiada, afirmando que:

[...] independentemente de o paciente ter celebrado acordo de colaboração premiada homologado judicialmente, a garantia constitucional da não autoincriminação permanece e, portanto, o direito de permanecer em silêncio. Cabe exclusivamente ao paciente, assistido por seus defensores, a decisão do exercício do direito ou não ao silêncio. Eventual consequência em relação ao acordo de colaboração premiada dependerá de provimento judicial da autoridade competente.⁷⁸¹

A preocupação com a irrenunciabilidade do direito ao silêncio não é exclusiva do direito nacional. Comissão de juristas reuniu-se entre 1990 e 1992 para elaboração de regras mínimas a serem adotadas no processo penal de um Estado Democrático de Direito, conhecidas como *Regras Mínimas do Processo Penal de Palma de Mallorca*.

⁷⁸¹ Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n. 129.929/DF, decisão monocrática do Ministro Relator Teori Zavascki, Julgamento 24/08/2015, DJe 09/11/2015.

Dentre os direitos do imputado ficou assegurado que o indivíduo não poderá ser interrogado sem ser advertido previamente sobre seu direito de permanecer em silêncio e de abster-se de declarar contra si mesmo, garantindo-lhe o direito irrenunciável a declarar livremente ou guardar silêncio sobre os fatos que lhe são atribuídos. Não poderá ser constrangido ou induzido a confessar mediante violência, ameaça, engano, recompensa ou outro meio de efeito semelhante (RUIZ VADILLO, 1995, p. 115).

O ponto mais sensível do confronto da delação premiada com o direito à não autoincriminação reside na voluntariedade da renúncia do direito ao silêncio. A colaboração deve ser a expressão da vontade livre, esclarecida e consciente do réu. Uma postura ativa do delator imprescindível para o alcance do resultado pretendido na persecução penal. Porém, não é uma liberdade de escolha plena, pois o fato de haver uma investigação criminal em desfavor do agente colaborador já demonstra certa coercibilidade por parte do poder punitivo.

Ainda que se refute a possibilidade de a persecução criminal configurar um instrumento de coação estatal, há o poder coercitivo da “sedução” dos prêmios. O direito à não autoincriminação torna-se letra morta se existe a promessa de uma premiação com redução da sanção penal e, conseqüentemente, um agravamento na situação de quem não o fizer (VASCONCELLOS, 2015, p. 167-168).

O uso de benefícios processuais macula qualquer escolha livre da defesa, porquanto a opção mais fácil do acusado será a de abreviar o incômodo de enfrentar as incertezas do processo penal. A predileção pelos modelos negociais nem sempre é o caminho mais viável para a redução racional dos riscos de eventuais condenações de inocentes. Entretanto, o encanto provocado pelas facilidades dos prêmios da colaboração processual força o delator a abdicar das garantias judiciais e do direito a um julgamento justo.

Outro ponto a ser destacado é o uso de prisões cautelares para intensificar a pressão do aceite ao acordo de delação premiada. Aproveitando-se da morosidade do sistema jurisdicional, prisões preventivas ou temporárias são desmotivadamente decretadas com o propósito de coagir o acusado a “colaborar” com as investigações.

A Lei nº 13.964/19, recentemente, trouxe alterações na Lei nº 12.850/13 prevendo o zelo da autoridade judiciária na decretação de medidas cautelares pessoais ou reais nos casos envolvendo acordos de colaboração premiada. O art. 4º, §16, inciso I, assevera que nenhuma das medidas cautelares será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador, visando a tutelar o imputado delatado.

O art. 4º, §7º, inciso IV, aponta que, após a realização do acordo, o juiz ao homologar o acordo deverá averiguar a voluntariedade da manifestação de vontade do colaborador, especialmente nos casos em que ele está ou esteve sob efeitos de medidas cautelares.

As alterações foram significativas para o sujeito delatado, ampliando a tutela jurídica diante das facilidades acusatórias da delação premiada. Entretanto, nada obsta a decretação de prisões cautelares para coagir o colaborador a aceitar o acordo.

Dois pontos chamam a atenção na utilização constrangedora da prisão cautelar contra o direito ao silêncio: o primeiro refere-se à extensão que se possa dar aos fundamentos expressos no art. 312, CPP para aplicação da prisão preventiva; o segundo refere-se aos seus limites temporais.

Os requisitos previstos para a decretação da prisão preventiva são muito genéricos e permitem uma ampla elasticidade na interpretação do dispositivo para almejar qualquer finalidade, inclusive, para obter a confissão do acusado. Além disso, a morosidade para a realização do julgamento criminal faz com que o réu opte por confessar os fatos e colaborar com a justiça em troca de prêmios (FERRAZ JUNIOR, 2015).

A segregação cautelar tem sido utilizada para convencer os infratores a colaborar com o desvelamento dos ilícitos penais, sob o argumento de “conveniência da instrução criminal” ou “para assegurar a aplicação da lei penal”. É o que expressa o art. 312 do Código de Processo Penal. Miguel Reale Júnior (2014) apresenta críticas ao referido procedimento:

Transformar a prisão, sem culpa reconhecida na sentença, em instrumento de constrangimento para forçar a delação é uma proposta que repugna ao Estado de Direito: ou o acusado confessa e entrega seus cúmplices, ou permanece preso à espera do julgamento, com a possibilidade de condenação, mas passível de uma grande redução da pena se colaborar com as investigações. Evidentemente, não se compadece como o regime democrático que o Estado valha-se do uso da violência para extrair confissões.

A prisão para delatar desfigura a delação e retoma a lógica inquisitorial. As prisões cautelares não podem ser utilizadas como instrumento de tortura psicológica, coagindo os acusados a negociar com o Estado em troca de sua liberdade. O devido processo legal não pode ceder às práticas que afrontem a integridade psíquica e física do acusado.

Conforme o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o direito ao silêncio é uma garantia a um julgamento equitativo (*fair trial*). É inadmissível a prestação compulsiva de depoimento prejudicial ao depoente, seja esse depoimento feito sob ameaça de procedimento criminal⁷⁸² ou sob ameaça de inferências desfavoráveis ao depoente na decisão sobre a matéria de fato no caso de ele não responder⁷⁸³.

O direito ao silêncio assegura o tratamento digno ao acusado ao inadmitir a obtenção de informações independente da vontade dos suspeitos através de tratamento desumano ou degradante⁷⁸⁴.

782 *Funke c. França*, n.º 10828/84, 25 de fevereiro 1993.

783 *John Murray c. Reino Unido (GC)*, n.º 18731/9, 8 fevereiro 1996.

784 *Ors e Outros c. Turquia*, n.º 46213/99, 20 de junho de 2006. No mesmo sentido: *Jalloh c. Alemanha (GC)*, n.º 54810/00, 11 julho 2006; *Göçmen c. Turquia*, n.º 72000/01, 17 de outubro de 2006.

Em relação à presunção de inocência e o procedimento da barganha, o Tribunal Europeu teve a oportunidade de julgar um caso em que os peticionantes alegaram ter sido realizada a negociação de maneira injusta e abusiva. Os peticionantes foram pressionados a aceitar o *plea bargain* com o intuito de obter a liberdade em razão das condições insuportáveis da prisão.

Os peticionantes alegaram, ainda, a extensa cobertura midiática sobre suas prisões, a qual corroborou para dar mais força ao Estado no confisco de seus bens. Alegaram, por fim, terem sido ameaçados pelo Estado da Geórgia de coagi-los a retirar a solicitação perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ameaçando-os de anular o *plea bargain* e reabrir o processo criminal contra eles⁷⁸⁵.

A “voluntariedade” exigida na Lei não se verifica nas práticas processuais. Mesmo sem a vontade clara de delatar ou, até mesmo, sem informações fidedignas para tanto, o réu acaba pressionado a assim atuar por receio de ser prejudicado se não o fizer.

3.2 A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

O processo é um instrumento ético e deve se pautar dentro das regras do devido processo legal e do respeito à dignidade do indivíduo. A finalidade do processo penal não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, já que a verdade deve ser obtida de acordo com a forma preestabelecida em lei e com os ditames constitucionais.

A verdade processualmente válida e atingível possui limites expressos em regras que purificam o material probatório que o juiz irá valorar e um destes filtros é a vedação das provas obtidas por meios ilícitos, garantidos constitucionalmente, no art. 5º, inc. LVI, e no Código de Processo Penal, nos arts. 157 e 155, §1º.

Apesar de a prova ilícita não estar explicitamente na Convenção Americana de Direitos Humanos, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que a ilegalidade probatória deve ser reconhecida por violar as garantias do juiz natural, independente e imparcial, estabelecido no art. 8.1⁷⁸⁶. Fruto, portanto, do direito a um processo justo.

Destes dispositivos, depreende-se que toda vez que a obtenção ou produção probatória violar normas jurídicas ou princípios gerais do ordenamento de natureza processual ou material, a prova será ilícita e, portanto, vedada sua utilização. A consequência pelo desrespeito da norma será o desentranhamento das provas colhidas dos autos do processo e das demais provas contaminadas por derivação da ilicitude produzida.

No caso da colaboração premiada, a ilegalidade da prova produzida pode ser vislumbrada nos acordos que afrontem o procedimento previsto na Lei nº 12.850/2013

785 *Natsvlishvili e Togonidze c. Geórgia*, n.º 9043/05, 29 de abril de 2014.

786 *Lori Berenson-Mejia c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de novembro de 2004, Série C No. 119.

e as garantias constitucionais. Oportuno esclarecer que a Lei estabelece, além da repercussão probatória, também consequências materiais à delação, quando prevê prêmios ao delator. “[...] ao estabelecer redução de pena ou extinção da punibilidade para o delator, o legislador agrega uma consequência de direito material ao ato processual da delação.” (GRINOVER, 2013, p. 233).

Nesse diapasão, sem afastar a incidência das regras processuais, na maioria dos casos ilegais se verificará a prática de ato ilícito quando houver afronta ao procedimento da colaboração premiada.

Nas situações processuais que estejam relacionadas à colaboração premiada, mas não vinculadas diretamente à materialização do acordo, poderá ser reconhecida a nulidade; como, por exemplo, o §16, inciso III, do art. 4º, que prevê a impossibilidade da sentença condenatória ser proferida com fundamento exclusivo nas declarações de agente colaborador.

Caso o juiz profira decisão motivada isoladamente na delação premiada deverá ser reconhecida a sua nulidade, pois o ato processual não está relacionado diretamente à forma de obtenção da prova, mas sim a uma ilegalidade procedimental.

Vinicius Gomes de Vasconcellos (2015, p. 178) assevera que as práticas negociais premiadas são um retrocesso processual autoritário, pois impossibilita qualquer controle acerca da ilicitude das provas. A deliberação do acusador público sobre a pertinência e o conteúdo da proposta foge de limitações jurisdicionais, o que possibilita a consideração de qualquer elemento para a formação da decisão, inclusive, “[...] hipervalorizando a confissão incriminadora”.

A ilegalidade da delação premiada pode ser verificada em diversas situações, a depender da especificidade do caso concreto. O art. 4º da Lei nº 12.850/2013 traz previsões procedimentais que, caso seja ferida, poderá consubstanciar a ilicitude da prova produzida.

Primeiramente, o *caput* do referido artigo destaca a necessidade de a colaboração ser efetiva e voluntária com a investigação. Na hipótese de a prova colhida ser contrária à vontade livre e consciente do acusado, poderá estar configurada a afronta à *liberdade de declaração* do delator. Trata-se de desrespeito a direito substantivo, pois a liberdade de declaração de vontade não pode ser prejudicada através de maus-tratos, fadiga, ofensas corporais, tortura, meios enganosos (ANDRADE, 1992, p. 149-153).

Em segundo lugar, o art. 3º-C e parágrafos do referido dispositivo prevê a presença do defensor. Se a delação premiada for realizada desacompanhada de advogados em todos os momentos de negociação e concretização do acordo, as provas que advierem das informações prestadas pelo colaborador serão contaminadas pela ilegalidade do ato. A presença do patrocinador dos interesses do delator tem o objetivo de se tentar evitar

abusos e intimidações na colheita das declarações (apesar de que, como já analisado, nem sempre o constrangimento é produzido no momento das declarações, como, por exemplo, o uso de prisões cautelares).

A terceira hipótese ilícita centra no fato de o juiz participar das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração. O julgador deve manter postura passiva e imparcial, atuando como garantidor da legalidade e do respeito a direitos fundamentais por meio da homologação ou não do acordo, conforme art. 4º, §7 do referido artigo.

Em quarto lugar, deve ser oportunizada a retratação do acusado, situação em que a confissão não poderá ser considerada prova lícita, consoante §10 do referido artigo.

Por fim, também pode ser reconhecida a ilicitude da prova caso se tornem públicas as informações declaradas pelo colaborador antes da homologação acordo, em respeito ao previsto no art. 7º da Lei de Combate à Organização Criminosa.

3.3 O DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA

O exercício do contraditório e da ampla defesa é indispensável para a dinâmica processual penal. Previsto no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, o direito de defesa possibilita ao acusado que apresente sua versão dos fatos com todos os meios em direito permitidos e resista aos abusos do poder punitivo.

Esse princípio integra o direito ao devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, pois estabelece que os atos processuais sejam praticados com a participação da defesa, da autodefesa e da defesa técnica, e assegura a efetividade das liberdades individuais no decorrer da persecução penal.

A Convenção Americana dos direitos humanos garante ao acusado o direito de defender-se pessoalmente (autodefesa) e de ser assistido por um defensor técnico, direito este irrenunciável (defesa técnica), conforme estabelece o art. 8.2., alínea *e* e *f*.

A autodefesa pode ser exercida de três formas: *direito de presença*, assegurado ao acusado participar da produção da produção probatória, acompanhando os atos processuais e efetivamente inquirindo (art. 8.2, *f*); *direito de audiência*, assegurada a possibilidade de o acusado ser ouvida (interrogatório) sem demora perante um juiz competente (art. 8.1); *direito de postular pessoalmente*.

A inserção de mecanismos consensuais provoca um desvirtuamento nos papéis exercidos pelos atores do campo jurídico processual e aniquila a possibilidade do direito de defesa. Os acordos premiais flexibilizam a posição natural do acusado no processo penal, que é a de resistência à pretensão punitiva estatal, fazendo com que desapareça a função instrumental do processo e da defesa. Pode-se afirmar que “[...] há uma tendên-

cia contemporânea de redução ao espaço de exercício do direito de defesa.” (VASCONCELLOS, 2015, p. 185).

Nos acordos de delação premiada, o direito ao contraditório e à ampla defesa pode ser analisado sob dois pontos de vistas: a situação do colaborador e a situação do delatado.

Na situação do colaborador, denota-se uma distorção na atuação da defesa técnica. As delações geram inevitáveis “tentações” ao patrono no sentido oposto aos interesses do acusado, de maneira que “inclusive profissionais preparados e bem intencionados findam por adotar posturas contrárias à atuação processual legitimamente mais benéfica ao réu” (VASCONCELLOS, 2015, p. 185).

A presença do defensor nos acordos de delação premiada evidencia um paradoxo alarmante: a anuência com o reconhecimento da culpabilidade de seu cliente em detrimento de benefícios ou por desconfiância dos riscos inerentes ao processo, quando na realidade sua função é reagir ao poder punitivo. Isso fragiliza a atuação da advocacia combativa, estimula indevidas pressões para o aceite do acordo e amplia a possibilidade dos “jogos de interesse” alheios ao caso concreto em questão (como, por exemplo, advogado aceita negociar com acusador público visando a favorecimentos em outros processos por ele patrocinados).

Outro ponto a ser destacado da Lei nº 12.850/2013 é a imprescindibilidade da presença do defensor do colaborador para assegurar validade à renúncia ao direito ao silêncio. Por um lado, uma garantia importante para a higidez processual; por outro, a participação da defesa técnica é vital para estabelecer a dialética processual e efetivar o exercício do contraditório e da ampla defesa, o que torna tal previsão paradoxal em termos.

A tese de que o aconselhamento do advogado ao réu sana qualquer vício e possibilita a escolha racional e voluntária também carece de sustentabilidade, já que as relações entre tais atores processuais se torna disfuncional e ilegítima, inviabilizando qualquer representação adequada (VASCONCELLOS, 2015, p. 169).

Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p. 332-333) afirmam que, mesmo que a renúncia ocorra na presença de seu defensor, poderá o colaborador invocar o direito constitucional ao silêncio, gerando consequências apenas na eficácia do acordo de colaboração. Porém, nunca poderá ensejar qualquer tipo de responsabilidade criminal⁷⁸⁷.

Exercer ou não o direito ao silêncio pertence ao íntimo do colaborador. Apenas ele sabe que quanto menos eficaz o seu acordo, menos prêmio irá receber. Pouco relevante (para não dizer, *pro forma*) a participação do defensor nesse tipo de decisão.

⁷⁸⁷ Essa análise desconsidera a situação do delatado. O coimputado é um sujeito de direitos fundamentais e, portanto, não pode ele sofrer imputações falsas de alguém e não obter a devida tutela do Estado. Apenas não reconhecer a eficácia da delação, por um lado, efetiva o direito fundamental ao silêncio do agente colaborador; por outro lado, estimula delações irresponsáveis e pode trazer constrangimentos (processuais e extraprocessuais) indevidos ao delatado.

Outro tema que demanda reflexão refere-se à possibilidade de retratação do direito de defesa, prevista no art. 4º, §10 da Lei nº 12.850/2013. Por esse dispositivo, “[...] as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.” Duas críticas vicejam da análise desse dispositivo.

A primeira delas considera que a possibilidade de retratação não aplaca a ilegítima renúncia ao direito de exercer o contraditório e a ampla defesa. Mesmo que o dispositivo legal preceitue que a retratação não prejudicará seu direito à não autoincriminação, fica evidente a mácula gerada na presunção de inocência em razão da confissão do acusado colaborador.

Mesmo que o juiz não possa fundamentar sua decisão nas informações autoincriminatórias, nada obsta que ele, informalmente, utilize o conteúdo da declaração para condenar o delator.

Ademais, a retratação suprime o direito de defesa na medida em que, provavelmente, os detalhes dos fatos imputados chegarão ao conhecimento da autoridade judicial.

Oportuno seria que houvesse uma previsão legal obrigando a anulação e, posterior, desentranhamento das declarações retratadas, com o escopo de garantir a imparcialidade do julgamento e de efetivar o direito de defesa. Bitencourt e Busato (2014, p. 135, grifo do autor) afirmam que:

[...] resulta sumamente pernicioso o dispositivo legal. Por um lado, porque, sem mais, o Ministério Público poderia retirar a oferta feita, já homologada, de vantagens em troca da *colaboração*, mas tendo sido esta adredemente prestada, poderia o Ministério Público ter-se valido de tais informações para produzir outras provas que a supririam, tornando-a dispensável, ou seja, abrir-se-ia passo ao arbítrio, com prejuízos irreparáveis à defesa.

A segunda crítica diz respeito ao fato de que o texto legal se referiu apenas à utilização das provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador. A possibilidade de retratação por parte do colaborador suporia anular o depoimento integralmente.

Contudo, o que se depreende da leitura atenta da norma em debate é que não se afasta das provas produzidas contra terceiros. Os depoimentos ratificados seguem como provas válidas contra o coimputado delatado. Mostra-se contraproducente tal previsão, pois como aceitar que uma prova seja inválida parcialmente? Previsão como esta permitiria que o órgão acusatório atuasse ardilosamente e usufruísse descriteriosamente dessa técnica para produzir provas contrárias ao devido processo legal.

Até mesmo porque, uma vez prestadas as informações, impossível retornar à situação inicial das investigações. O colaborador leva ao conhecimento das autoridades policiais e do Ministério Público detalhes da autoria e materialidade de determinado crime organizado, de maneira que outras provas serão produzidas a partir dos dados apresentados pelo delator.

Imbuída pela busca sedenta da “verdade real”, a Lei de Combate à Organização Criminosa foi omissa em relação à situação do delatado. Em momento algum a Lei faz remissão aos direitos do delatado ou demonstra preocupação com as garantias processuais dos sujeitos acusados pelo colaborador. A única previsão legal que indiretamente se mostra solidária à situação do coimputado delatado é a do art. 4º, §16 da Lei em tela, no sentido de que a condenação não pode embasar-se somente nas declarações de colaborador processual.

Em relação ao direito de confrontar o colaborador e exercer efetivamente o contraditório e a ampla defesa, a Lei pouco diz. Apenas no §2º, do art. 7º, que trata da questão do sigilo do pedido de homologação dos acordos, o legislador assegura ao defensor do delatado o amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, desde que precedido de autorização judicial.

Frederico Valdez Pereira (2014, p. 146-147) sustenta ser desnecessária qualquer previsão em lei a respeito do direito constitucional ao contraditório, pois tal direito é indispensável aos chamados em causa pelo colaborador. Todas as informações prestadas em sede de delação premiada na fase inquisitória devem ser necessariamente repetidas na fase processual, com a finalidade de que o delatado possa confrontar em juízo o delator, buscando retirar ou abalar a credibilidade de suas declarações e, desse modo, amenizar o risco de falsas acusações.

A jurisdicionalidade é um princípio decorrente do reconhecimento da presunção de inocência e do devido processo legal, pois se nenhum crime pode ser considerado praticado e ninguém pode ser considerado culpado nem sujeito à pena antes de um julgamento regular, a jurisdição é a atividade necessária para que se possa obter a prova da culpabilidade (GOMES FILHO, 2006, p. 322-323).

Outra temática interessante é com relação à obrigatoriedade de o colaborador responder as perguntas. Esse é um debate longe da pacificação, pois de um lado há as questões (já amplamente contempladas anteriormente) relativas ao direito à não autoincriminação e, de outro, a renúncia ao silêncio previsto em Lei infraconstitucional. Ao prever crimes pela falsa delação e o compromisso da verdade, o legislador visou a “[...] equilibrar as garantias dos delatados e a eficiência da delação premiada como meio de prova.” (MARQUES, 2014, p. 62).

Se o colaborador se negar a responder as perguntas investigativas, deve o julgador valorar com parcimônia as declarações. É importante destacar que a partir do momento em que é efetuado acordo de colaboração premiada, o delator se torna uma nova figura processual: réu colaborador. Isso porque, dentre os benefícios possíveis a serem conferidos ao colaborador está o perdão judicial, o qual acarretará a extinção da punibilidade do delator, ou a redução de sua pena.

Geraldo Prado (2006, p. 11) afirma ser impensável aceitar o depoimento do coimputado colaborador como meio de prova, pois “o contraditório como relativamente eficaz de descoberta da verdade (de formação de convicção) está inutilizado, uma vez que não há o ambiente de desinteresse que é essencial à produção da prova”.

Para que se possa valorar minimamente o conteúdo das delações, necessário que seja oportunizado o direito de defesa, com a presença dos corréus delatados durante o seu depoimento judicial e dando publicidade aos atos processuais.

Quanto à publicidade do acordo, a nova Lei estabeleceu duas regras: a primeira, relativa ao curso investigativo, no qual haverá o sigilo das negociações entabuladas, podendo ter acesso apenas o magistrado, o membro do Ministério Público e a autoridade policial, garantindo ao defensor do delatado o direito de acesso aos elementos de provas que não se refiram às diligências em andamento. A segunda, relativa ao momento após o recebimento da denúncia, no qual cessará o sigilo do acordo de colaboração premiada, conforme art. 7º, §2º e 3º.

Por um lado, o sigilo preserva os interesses da investigação, ao assegurar a higidez de outras linhas de apuração e da segurança do colaborador (PEREIRA, 2014, p. 151). O Supremo Tribunal Federal⁷⁸⁸ se posicionou nesse sentido, sustentando que a preservação do sigilo no acordo de colaboração premiada é ínsita ao instituto, pois a cooperação em detrimento de prêmios não ostenta a condição de meio de prova e, por isso, nenhum efeito poderá ter sobre futura sentença penal. Todavia, conforme Súmula Vinculante 14 da referida Corte, fica assegurado ao defensor o amplo acesso aos elementos de provas documentados em processo investigativo, Súmula esta compatível com o previsto no art. 7º da Lei nº 12.850/2013.

Em sentido contrário, ofuscar a publicidade fomenta a realização de negociações informais e impede a fiscalização dos meios de convencimento utilizados pelo Ministério Público ou autoridade policial para que o colaborador aceite o acordo. Esse cenário evidencia a afronta à garantia expressa no art. 8.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em que pese à divergência de posicionamento acerca do sigilo das delações premiadas, destaque-se que esse dissenso não se resolve simplesmente pelo regramento. A matéria deve ser aferida sob o prisma principiológico. Deve ser ponderado o direito do delatado ao acesso a esse acordo como garantia do contraditório e da ampla defesa e, também, as garantias da integridade física do colaborador e sua família, bem como de prosseguimento de investigações em outras direções além do caso examinado em determinado processo (MARQUES, 2014, p. 57).

788 Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n. 90.688/PR, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, Julgamento 12/02/2008, DJe 25/04/2008.

3.4 A NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: O NEXO RETRIBUTIVO ENTRE PENA E DELITO

Outro princípio que é tensionado pela delação premiada é o da necessidade de individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal). Consiste na atividade jurisdicional e legislativa de definir o crime, indicar as espécies de penas e apontar os limites para sua aplicação. Individualizar a pena significa adequar a sanção à gravidade do delito, após o regular andamento do processo penal.

A colaboração premiada afasta a prevalência de tal princípio, na medida em que deixa de aplicar uma pena compatível com a gravidade objetiva do fato e a culpabilidade do delator para impor uma pena sem culpa, sem a apreciação do grau de reprovabilidade do agente. Há uma renúncia parcial à punição de autor do delito (PEREIRA, 2014, p. 60).

Quanto mais eficiente a contribuição do delator, menor será a censurabilidade de sua conduta criminosa. A graduação das medidas penais e premiais são inversamente proporcionais aos graus de responsabilidade dos imputados de crimes associativos. Para evitar esse desequilíbrio, a culpabilidade aparece como fundamento para manter os limites intransponíveis da pena.

Alguns autores sustentam que o princípio garantista da individualização da pena não pode ser invocado para impedir a redução da pena aplicada em concreto ao réu, pois a situação de aceite da proposta de colaboração premiada lhe seria mais benéfico. Entretanto, ao traçar um paralelo entre a arquitetura da delação premiada e os movimentos contemporâneos de recrudescimento das penas, é possível vislumbrar que o enrijecimento penal facilita a sedução pelo aceite das práticas negociais premiadas, “[...] esgrimindo-se no campo do concreto com uma pena de efeito simbólico, que de fato nunca caberia ou seria aplicada, mas que, do ponto de vista da estratégia do convencimento, se converte em poderoso aliado.” (PRADO, 2006, p. 12).

3.5 A AUSÊNCIA DE ISONOMIA PROCESSUAL

A garantia de tratamento isonômico no processo penal está expresso no art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

As práticas negociais premiadas provocam uma quebra no tratamento isonômico no sistema jurídico. Essa desigualdade pode ser verificada tanto no aspecto legislativo, pois as normas preveem o benefício da delação premiada para crimes relativos à organização criminosa, associação criminosa e concurso de pessoas em casos específicos, quanto no aspecto processual.

No que concerne ao aspecto processual, a desigualdade pode ser analisada sob duas óticas. A primeira refere-se ao tratamento distinto entre o imputado colaborador e o imputado não colaborador. Criminosos em condição de ascendência na associação es-

truturada e orientada para a prática de delitos detêm maior quantidade de informações, o que possibilitaria uma maior capacidade de obter os “prêmios” pela colaboração, ao passo que os criminosos marginais da associação detêm menos informação e, portanto, possui uma possibilidade reduzida de realizar acordos.

A justificação para o tratamento desigual se sustenta na emergência investigativa inerente a esses delitos, visto que estão presentes as características da periculosidade e impenetrabilidade na criminalidade organizada.

A necessidade do tratamento penal diferenciado aduz também à necessidade não apenas de reprimir a gravidade dos delitos por meio do esclarecimento dos fatos, mas principalmente de “[...] refrear o prosseguimento da atuação associativa na prática de crimes de especial gravidade.” (PEREIRA, 2014, p. 67).

O propósito é prevenir as potenciais agressões ao bem jurídico tutelado e diminuir os riscos decorrentes da disfunção repressiva ineficiente do Estado.

Não obstante as justificativas apontadas, fato é que o delator passa a gozar de direitos e deveres distintos dos outros réus, o que pode aumentar ainda mais a conflituosidade dentro do processo penal, em razão da diferença de regime punitivo.

O segundo ponto da ausência de isonomia processual é em relação à “[...] desvirtuação generalizada dos papéis dos atores do campo jurídico-penal.” (VASCONCELOS, 2015, p. 180). A configuração do modelo negocial de justiça criminal acarreta a exacerbada valorização da atuação do acusador, causando um desequilíbrio entre a acusação e a defesa.

A acusação torna-se responsável por aplicar a sanção e o julgador faz um mero controle formal e automático ao homologar o acordo. Inexiste qualquer possibilidade de igualdade e paridade de armas entre as partes na justiça criminal.

Esse cenário se mostra ainda mais pernicioso diante do panorama de justiça criminal brasileira, “[...] pautada por desigualdades sociais e árdua seletividade persecutória, o que acarretará o fortalecimento dos efeitos perversos da barganha.” (VASCONCELOS, 2015, p. 183). Não há como defender a isonomia de tratamento processual diante de um procedimento sigiloso, que impulsiona a inquisitorialidade e aplaca a possibilidade de defesa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça penal negociada é uma realidade em expansão no sistema jurídico brasileiro. Em relação à sua aplicação na prova penal, esse expansionismo se deve à necessidade de corresponder às expectativas processuais da criminalidade moderna, as quais se mostram cada vez mais complexas.

Empenhada na orientação do eficientismo probatório, a colaboração premiada cria uma tensão com as garantias inerentes ao sistema acusatório.

A compatibilização dos mecanismos consensuais de produção de prova com as limitações das garantias judiciais não é um caminho simplificado. Isso porque, a delação premiada flexibiliza as técnicas investigativas em detrimento de princípios basilares do processo penal.

A presunção de inocência e seus direitos consectários, como o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação, são maculados pelos acordos colaborativos. O Estado pode se utilizar de mecanismos autoritários, como a prisão cautelar, para estimular a renúncia do direito ao silêncio e viabilizar o aceite do colaborador.

Os Tribunais reconhecem o direito ao silêncio como direito fundamental, não podendo o imputado ser constrangido ou pressionado a aderir às negociações.

Ademais, a Lei nº 12.850/13, que traz o procedimento para o regular desenvolvimento da negociação, proporciona o reconhecimento de eventuais nulidades e inadmissibilidade probatória caso se constate seu descumprimento.

O direito ao contraditório e à ampla defesa assegura a dialeticidade processual, a qual fica fragilizada com os acordos de delação premiada. Isso porque, o imputado sai da posição passiva e se transfere para posição ativa. Ademais, a figura do defensor técnico para auxiliar no aceite da renúncia do direito ao silêncio rompe com as bases do sistema acusatório.

A necessidade de individualização de pena é fragmentada pelos pactos de colaboração premiada. Parte dos imputados receberá o nexó retributivo entre a conduta delituosa e a sanção, enquanto outra parte sofrerá com os benefícios da negociação penal.

Por derradeiro, corroborando com os argumentos da diferenciação de culpabilidade gerada pela delação premiada, pode-se afirmar que há um desequilíbrio no tratamento isonômico, afrontando os preceitos constitucionais e, principalmente, dos diplomas internacionais.

O desafio da justiça penal negociada é equilibrar eficiência com a proteção dos direitos fundamentais. Tarefa árdua a ser enfrentada pelas autoridades judiciárias e pelo poder legiferante, com o intuito de que o *jus puniendi* não olvide os direitos humanos mais elementares.

BIBLIOGRAFIA

AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46>.

ALVES, Fernando de Brito; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. O Direito Penal Diante da Sociedade de Risco: A Criminalização Motivada pelo Medo. *Conpedi Law Review*, Uruguai, v. 2, n. 4, jul./dez., p. 36-57, 2016. http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2016.v2i4.3652.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio. *Slippery Slope*, a presunção de inocência e sua evolução na visão do Supremo Tribunal Federal: uma análise a partir dos Direitos Humanos, Fundamentais e de Personalidade. *Revista Prim@ Facie*, João Pessoa, vol. 18, n. 39, p. 1-27, set./dez. 2019.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2009.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos: seleção de opiniões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. In: *Jornadas de direito processual penal: o novo Código de Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1988.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.

BATISTI, Leonir. *Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal*. Curitiba: Juruá, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRITO, Michelle Barbosa de. *Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

COSTA, José de Faria. A criminalidade em um mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um direito penal não-securitário. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 13, n. 159, p. 7-9, fev. 2006.

ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 202, p. 2-3, set. 2009.

FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Usar prisão para induzir confissão é próprio da mentalidade autoritária. *Revista Consultor Jurídico*, 20 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015fev20/terciosampaio-mentalidadeautoritariaprenderconfessar?>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Significados da Presunção de Inocência. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo III série: estudos e pareceres de processo penal*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

MANDARINO, Renan P. Análise crítica da natureza jurídica da colaboração premiada. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan P. (Coord.) *Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

MANDARINO, Renan Posella. Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal. In: *Aspectos penais controversos da colaboração premiada: monografias vencedoras 2016 – IASP/CIEE – Esther Figueiredo Ferras*. São Paulo: Editora IASP, 2016.

MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p.32-66, jun./jul. 2014.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio De Janeiro, Vol. 14, ano 8, p. 331-365, jul./dez. 2014.

NICOLITT, André Luiz. *As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação Premiada. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 159, p. 10-12, fev. 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. Prisão para pressionar confissão desfigura a delação premiada. *Consultor Jurídico*, Curitiba, 8 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014dez08/miguelrealejrprisaoделатарdesfiguradelacaopremiada?>>. Acesso em: 23 fev. 2019.

RUIZ VADILLO, Enrique. *Estudios de derecho procesal penal*. Granada: Comares, 1995.

SARKIS, Jamilla Monteiro. *Delação premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração*. São Paulo: IBCCRIM, 2019.

SUXBERGER, Antonio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, 2020.

WOLTER, Jürgen. Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento de proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de um sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (Org.). *El sistema integral de derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

WOLTER, Jürgen. Dignidad humana y libertad en el proceso penal. In: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; KAI, Ambos (Comp.). *Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 225-262.

INTERPRETAÇÃO DO CÓDIGO PENAL (ARTS. 5º E 8º) CONFORME A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ART. 8.4):

AMPLIAÇÃO DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA GARANTIA DO *NE BIS IN IDEM* PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS N. 171.118

Leonardo Augusto de Almeida Aguiar

RESUMO: A presente investigação busca demonstrar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 171.118, por sua Segunda Turma, fez uma inédita e relevantíssima ampliação do âmbito de aplicação da vedação à dupla persecução penal (aspecto processual da garantia do *ne bis in idem*) assegurada no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14.7) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.4). Concretamente, apesar de ser uma garantia essencialmente destinada a operar no ambiente interno de cada Estado, teve seu âmbito de aplicação substancialmente ampliado, uma vez que reconheceu a Corte Constitucional brasileira sua incidência também na concorrência de diferentes jurisdições nacionais, ou seja, quando mais de um país é competente para processar e julgar uma mesma infração penal (“concorrência horizontal transnacional”). Desse modo, a partir do pioneiro entendimento fixado pelo Supremo Tribunal brasileiro, existindo sentença (absolutória ou condenatória) já transitada em julgado, ainda que proferida por outro Estado, a proteção conferida pelo *ne bis in idem* opera também no plano processual, vedando a atuação da jurisdição nacional e fechando o caminho para qualquer novo processo (efeito negativo, bloqueio ou vedação ao duplo risco). A partir desse ponto, pode agora a Corte Interamericana de Direitos Humanos fazer um diálogo com a jurisprudência interna do Brasil e reconhecer a dimensão transnacional do princípio *ne bis in idem* como um direito fundamental, ampliando a abrangência do art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: *Ne bis in idem*. *Double jeopardy*. HC 171.118. Convenção Americana de Direitos Humanos. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O princípio do *ne bis in idem*; 3. Planos (ou dimensões) de atuação do princípio do *ne bis in idem*; 4. O princípio da territorialidade; 5. Os crimes transnacionais e a concorrência transnacional horizontal; 6. Aplicação extraterritorial da lei penal; 7. A extraterritorialidade da lei penal e a concorrência transnacional horizontal; 8. Aplicação do princípio do *ne bis in idem* na concorrência jurisdicional horizontal transnacional; 9. O Recurso em Habeas Corpus n. 4.057: um importante precedente; 10. Inaplicabilidade à concorrência transnacional horizontal das regras da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) que acolhem o princípio do *ne bis in idem*; 11. O tratamento da matéria na Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen – CAAS; 12. A jurisprudência

do Superior Tribunal de Justiça – STJ; 13. O enfrentamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal – STF; 14. Os fundamentos da decisão proferida pela Segunda Turma do STF; 15. Ampliação do âmbito de aplicação das regras da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) que acolhem o princípio do *ne bis in idem*; 16. A Lei de Imigração (Lei n. 13.445/2017) como marco normativo da transnacionalidade da garantia processual do *ne bis in idem*; 17. A Extradicação n. 1.223 como precedente: uma análise equivocada; 18. Delimitação da tese firmada pela Segunda Turma do STF; 19. Controle de convencionalidade dos arts. 5º e 8º. do Código Penal; 20. Aplicação da tese aos outros casos de concorrência transnacional horizontal; 21. Efeitos sistêmicos da aplicação do novo entendimento; 22. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da concorrência entre diferentes jurisdições penais nacionais é conhecido há muito tempo na teoria e na prática do Direito Penal brasileiro.

Ocorre, normalmente, nos casos de crimes transnacionais, pois não poucos países, por meio de uma ficção jurídica, adotam – como o Brasil (art. 6º do Código Penal⁷⁸⁹) – dispositivos que visam afirmar sua competência territorial para os fatos parcialmente praticados no território, que são contemplados não apenas como parte de uma conduta global, mas como infrações próprias e independentes.

Note-se que há uma intensificação desses casos ultimamente à medida que a mobilidade dos cidadãos internacionais e os atos criminosos transnacionais se multiplicam.

A atribuição de efeitos extraterritoriais à sua lei penal por diversos países – assim como o Brasil (art. 7º. do Código Penal⁷⁹⁰) – em atendimento a uma série de interesses, desde a proteção nacional até a justiça universal, acarreta relevante incremento das possibilidades de concorrência horizontal transnacional, pois diversas oportunidades para a aplicação do direito penal nacional se abrem a infrações cometidas no exterior.

O presente estudo trata da problemática da vedação à dupla persecução penal (aspecto processual da garantia do *ne bis in idem*) no plano transnacional horizontal, buscando demonstrar que procedeu o Supremo Tribunal Federal a uma interpretação dos artigos 5º. e 8º. do Código Penal conforme uma (re)leitura ampliada do âmbito espacial de aplicação dessa garantia, tal como prevista no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14.7) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.4).

789 BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Publicado no Diário Oficial da União de 31.12.1940: “Art. 6º - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”.

790 BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Publicado no Diário Oficial da União de 31.12.1940: “Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I - os crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; II - os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro; c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados”.

Concretamente, defende-se o entendimento de que, a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n. 171.118, na concorrência de diferentes jurisdições nacionais, existindo sentença (absolutória ou condenatória) já transitada em julgado, a proteção conferida pelo *ne bis in idem* opera no plano processual, vedando a atuação da jurisdição nacional e fechando o caminho para qualquer novo processo (efeito negativo, bloqueio ou vedação ao duplo risco).

2. O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM

O princípio *ne bis in idem* é um direito fundamental cujo principal objetivo é proteger o indivíduo da dupla acusação e, assim, estabelecer segurança jurídica para a pessoa absolvida ou condenada de que não corre o risco de outra ação criminal pelos mesmos atos.

A lógica do princípio *ne bis in idem* é múltipla. É claro que é um princípio de justa proteção do cidadão contra o uso abusivo ou excessivo do *ius puniendi* do estado e, como tal, faz parte das garantias fundamentais do devido processo legal e da ampla defesa (no sentido de direito a um julgamento justo). Por outro lado, o respeito pela *res judicata* (*pro veritate habetur*) é de grande importância para a legitimidade do sistema jurídico (VERVAELE, 2005, p. 100).

Nascido historicamente (direito romano) como consequência do efeito da coisa julgada, o princípio do *ne bis in idem* apresenta-se hoje como uma garantia elementar da segurança jurídica dos cidadãos, o que se traduz processualmente como um obstáculo à abertura de um novo processo sobre o mesmo objeto, quando há identidade de ação e base sancionadora idêntica. É o chamado efeito negativo⁷⁹¹, ou princípio da exclusão ou bloqueio ou vedação à dupla perseguição.

Sua natureza não é, no entanto, exclusivamente processual. Pelo contrário, apresenta grande relevância material do ponto de vista da proporcionalidade a ser respeitada por qualquer intervenção penal, tornando impossível para o mesmo sujeito, pelo mesmo fato e com a mesma base, a aplicação de uma dupla sanção (efeito positivo do princípio, ou vedação à dupla punição).

Esse princípio – também conhecido como *prohibición de doble proceso/sanción*, *double jeopardy* (“duplo risco”) ou *negative authority of res judicata* – atua, portanto, proibindo um duplo processo (aspecto negativo do princípio) e uma dupla sanção sobre a mesma pessoa (aspecto positivo do princípio), pelo mesmo fato e com o mesmo fundamento.

O Supremo Tribunal Federal, quanto ao tema, já afirmou que

791 Conforme lecionam Grinover, Filho e Fernandes (2000, p. 49): “(...) O *ne bis in idem*, como impedimento para o segundo juiz de manifestar-se em outro processo, contra o mesmo réu e pelo mesmo fato, é princípio que se liga tecnicamente à coisa julgada, em sua função negativa”.

*“(...) A incorporação do princípio do ne bis in idem ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistêmica leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar (...)”*⁷⁹².

O reconhecimento, ao *ne bis in idem*, de *status* complementar à Constituição, relacionado ao devido processo legal e à coisa julgada, no direito brasileiro, é decorrência do modelo de Estado Democrático de Direito constitucionalmente estabelecido e da garantia de devido processo legal, de forma que sua aplicação não se condiciona a existência de outras normas legislativas.

Leciona Spinellis (2002, p. 1151):

“Na res judicata, a tensão e o antagonismo entre os ideais da justiça material e a segurança do Direito são aparentes e às vezes agudos. Nos sistemas de justiça criminal, esta instituição aparece principalmente em sua forma negativa, ou seja, seu efeito de bloqueio, conhecido sob o princípio ne bis in idem e princípios similares existentes em várias jurisdições.

Nas soluções dadas por eles, a segurança do direito é geralmente o objetivo predominante, enquanto o objetivo de alcançar a justiça material se manifesta na extensão da aplicação do princípio principal e nas exceções que lhe são fornecidas. O princípio ne bis in idem está quase universalmente incluído nas leis internas dos Estados, onde se prevê que uma pessoa processada e julgada por um determinado ato não será punida nem processada pelo mesmo ato”.

Para além do reconhecimento de sua presença no ordenamento brasileiro em caráter complementar às garantias constitucionais, o princípio do *ne bis in idem* está expressamente previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14.7) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.4).

Configura-se, portanto, a vedação à dupla persecução como uma proteção jurídica multinível essencial à efetiva observância do devido processo legal substancial e caracteriza direito de defesa dos acusados contra processos punitivos reiterados ao estabelecer competência negativa aos poderes públicos na intervenção na esfera privada.

3. PLANOS (OU DIMENSÕES) DE ATUAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM

O princípio *ne bis in idem* atua em dois planos: processualmente, fechando o caminho para qualquer novo processo (efeito negativo, bloqueio ou vedação ao duplo risco), e substantivamente, no qual a proibição se concentra em não ser punido duas vezes pelo mesmo fato delituoso (efeito positivo)⁷⁹³.

792 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Habeas Corpus* n. 80.263. Relator o Ministro Ilmar Galvão. Julgado em 20.2.2003.

793 O Supremo Tribunal Federal também adota o *ne bis in idem* como proibição de excesso, ou seja, como mecanismo de contenção e conformação da atividade normativa do Estado, concernente ao poder punitivo (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Habeas Corpus* n. 106.442. Relator o Ministro Celso de Mello. Julgado em 30.11.2010. *Habeas*

Conforme leciona Cruz (2008, p. 8):

“Enquanto, sob a ótica da proibição de dupla persecução penal, a garantia em tela impede a formação, a continuação ou a sobrevivência da relação jurídica-processual, a proibição de dupla punição impede tão somente que alguém seja, efetivamente, punido em duplicidade, ou que tenha o mesmo fato, elemento ou circunstância considerados mais de uma vez para fins de definir-se a sanção criminal”.

O segundo aspecto confere uma espécie de proteção supletiva.

A principal consequência jurídica da aplicação do *ne bis in idem* é, em conformidade com o princípio da exclusão total, a proibição (e a inadmissibilidade) dos processos subsequentes sobre os mesmos fatos (“bloqueio” ou vedação ao duplo risco).

Em casos excepcionais, em que a abertura de um novo processo não é bloqueada pela decisão final anterior, o *ne bis in idem* funciona impedindo uma dupla penalização, em conformidade com o princípio da compensação (“vedação à dupla punição”).

4. O PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE

O princípio da territorialidade se insere na problemática designada pela doutrina, desde Jeremias Bentham (1748-1832), como “*âmbito espacial da lei penal*”, que trata dos limites de aplicação da lei penal numa determinada porção geográfica (SOLER, 1940, p. 132).

Em outros termos, cuida-se da demarcação concreta do alcance do Direito Penal, que inclusive supera o conceito natural de território.

A regra adotada com relação à lei penal no espaço é a de aplicação da lei penal do país a todos os fatos delitivos ocorridos dentro do território nacional, o que decorre da ideia de soberania.

Esse postulado consagra o princípio da territorialidade⁷⁹⁴.

A lei brasileira acolhe essa diretriz como regra geral, ainda que de forma atenuada, temperada ou não absoluta, nos termos do art. 5.º, *caput*, do Código Penal:

Art. 5.º. Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

Como corolário do princípio da territorialidade, então, aplica-se a lei penal aos fatos puníveis praticados no território nacional (*forum delicti commissi*), independente da nacionalidade do agente, do ofendido ou do bem jurídico lesado. Tem seu funda-

Corpus n. 103.308. Relator o Ministro Celso de Mello. Julgado em 16.11.2010), e também como vedação à dupla valoração de uma mesma circunstância nas diversas fases da aplicação individualizada da pena (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Habeas Corpus* n. 110.920. Relatora a Ministra Cármen Lúcia, julgado em 19.2.2013).

⁷⁹⁴ Anderson Souza leciona que, “em realidade, a maior parte das nações hodiernas agasalha a sistematização mitigada, o que, no fundo, significa dizer que o princípio da territorialidade pode ceder passo, concretamente, a outros critérios, quais sejam, o princípio da personalidade (ou nacionalidade); o princípio real (ou da defesa); o princípio da justiça universal (ou cosmopolita) ou o princípio da representação (ou bandeira)” (SOUZA, 2019, p. 132).

mento na soberania territorial, segundo a qual a lei penal é territorial porque se aplica no espaço em que se exercita a soberania do Estado (DOTTI, 2014, § 103).

Assim, em obediência ao princípio da territorialidade, a lei brasileira incide sobre todas as infrações penais cometidas no território do país⁷⁹⁵.

Esse princípio teve em Beccaria (1999, § XXI, p. 75) um veemente defensor:

“O lugar da pena é o lugar do crime, porque apenas aí, e não em outro lugar, os homens se veem forçados a ofender a um particular para evitar a ofensa pública. O criminoso, apesar de não haver rompido os pactos de uma sociedade, da qual não era membro, pode ser temido e, em razão disso, desterrado e excluído pela autoridade superior da sociedade, não, porém, punido pelas formalidades das leis, vingadoras dos pactos, e não da intrínseca malícia das ações”.

5. OS CRIMES TRANSNACIONAIS E A CONCORRÊNCIA TRANSNACIONAL HORIZONTAL

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional⁷⁹⁶ (“Convenção de Palermo”) dispõe, em seu art. 2º, II, que a infração penal será de caráter transnacional se:

- a) For cometida em mais de um Estado;
- b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado;
- c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou
- d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.

Ou seja, crime transnacional é aquele cometido em mais de um país, ou que é cometido em um só país, mas parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro país, ou que é cometido em um só país, mas envolva a participação de grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um país, ou, ainda, aquele praticado em um só país, mas que produza efeitos substanciais em outro país.

Note-se, inclusive, que há uma intensificação desses casos ultimamente à medida que a mobilidade dos cidadãos internacionais e os atos criminosos transnacionais se multiplicam.

⁷⁹⁵ Note-se que, por força do disposto no parágrafo segundo do art. 5º do Código Penal, “para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar”. Já de acordo com o disposto no parágrafo terceiro do art. 5º do Código Penal, “é também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil”.

⁷⁹⁶ BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Publicado no Diário Oficial da União de 15.3.2004.

Nestes crimes, fundamenta-se a competência jurisdicional do Brasil pelo disposto no art. 6º do Código Penal:

Art. 6º. Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

Trata-se de dispositivo que, claramente, adota a teoria da ubiquidade. De sua aplicação, pode ficar configurada, nos crimes transnacionais, a concorrência de duas (ou mais) jurisdições nacionais para o processo e eventual sanção das condutas praticadas, o que é classificado como “concorrência transnacional horizontal” (JAPIASSÚ, 2003-2004, p. 93).

6. APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DA LEI PENAL

Em algumas situações, admite-se o interesse do Brasil em punir autores de crimes ocorridos fora do seu território. Trata-se da chamada extraterritorialidade da lei penal, no sentido da aplicação da lei penal nacional a delitos ocorridos no estrangeiro, regida pelo art. 7º. do Código Penal (NUCCI, 2012, p. 131).

As hipóteses de aplicação extraterritorial da lei penal constituem exceção ao princípio da territorialidade, tratando assim da aplicação da lei brasileira às infrações penais cometidas além de nossas fronteiras.

A ela subjaz, como dizia Grócio, uma ficção – *fingitur extraterritorium*. Vale dizer: a ideia de permanência de uma soberania e de um território estatal para além das próprias fronteiras geopolíticas (QUINTANO RIPOLLÉS, 1957, p. 47-49).

A extraterritorialidade tem como fundamento os princípios da defesa, proteção ou real; da nacionalidade ou personalidade ativa; da justiça cosmopolita ou universal; da representação ou bandeira.

Sua aplicação envolve dois critérios:

a) Extraterritorialidade incondicionada: o interesse punitivo da Justiça brasileira é exercido de qualquer maneira, independentemente de qualquer condição. Trata-se dos crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; e d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil (art. 7º., I, do Código Penal); e

b) Extraterritorialidade condicionada: somente há interesse do Brasil em punir o autor de crime cometido no exterior se preenchidas as condições descritas no art. 7º, § 2º, *a, b, c, d, e*, e § 3º, do Código Penal. Trata-se dos crimes: a) que, por tratado ou

convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro; c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados; e c) cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil (art. 7º., II, do Código Penal)⁷⁹⁷.

Registre-se que também existe previsão legal de extraterritorialidade da lei penal brasileira no art. 2º da Lei n. 9.455/1997⁷⁹⁸.

7. A EXTRATERRITORIALIDADE DA LEI PENAL E A CONCORRÊNCIA TRANSNACIONAL HORIZONTAL

A aplicação extraterritorial da lei penal brasileira pode levar à configuração da concorrência de duas (ou mais) jurisdições nacionais para o processo e eventual sanção das condutas praticadas (“concorrência transnacional horizontal”⁷⁹⁹), pois normalmente também será competente a jurisdição do país onde praticado o crime (princípio da territorialidade).

A ressalva constante do *caput* do art. 5º. do Código Penal (“*sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional*”) deve ser interpretada apenas como expressão da adoção da teoria da territorialidade mitigada, no sentido de se permitir que os efeitos da lei penal ultrapassem os limites territoriais para regular fatos ocorridos além de sua soberania (extraterritorialidade) (HUNGRIA, 1955, p. 132).

8. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM NA CONCORRÊNCIA JURISDICIONAL HORIZONTAL TRANSNACIONAL

Na concorrência de diferentes jurisdições nacionais, ou seja, quando mais de um país é competente para processar e julgar uma mesma infração penal (“concorrência horizontal transnacional”), o Código Penal brasileiro adota uma sistemática na qual a proteção conferida pelo *ne bis in idem* opera, em regra, apenas no plano substantivo, pois traz a lei nacional os seguintes postulados:

797 Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro (§ 1º.). Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável (§ 2º.). Nos casos do § 3º., a aplicação da lei brasileira depende, além das condições anteriores, que não seja pedida ou seja negada a extradição, e que haja requisição do Ministro da Justiça (BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Publicado no Diário Oficial da União de 31.12.1940).

798 A Lei n. 9.455/1997, que define os crimes de tortura, compreende mais uma hipótese de extraterritorialidade, quando determina em seu art. 2º que “o disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira”.

799 De se notar, no ponto, que ocorre “concorrência vertical” quando uma jurisdição nacional e uma instituição internacional são competentes para o julgamento de um mesmo crime, e “concorrência horizontal supranacional” quando duas instituições internacionais são competentes para julgar o mesmo crime.

a) Em casos de crimes cometidos apenas no território brasileiro, mas sujeitos à aplicação extraterritorial da lei penal de um outro país, permite-se a dupla persecução penal, mas em decorrência do *ne bis in idem* (em sentido substantivo: *princípio da compensação*) a pena eventualmente cumprida no exterior deve ser computada na pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando idênticas, ou atenuá-la, quando diversas (arts. 5º e 8º do Código Penal).

b) Em casos de crimes transnacionais, cometidos em parte no território brasileiro e em parte no exterior, também se permite a dupla persecução penal, mas a pena eventualmente cumprida no exterior – em decorrência do *ne bis in idem* (em sentido substantivo: *princípio da compensação*) – também deve ser computada na pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando idênticas, ou atenuá-la, quando diversas (arts. 5º, 6º e 8º do Código Penal).

c) Em casos de crimes cometidos apenas no território estrangeiro, e sendo caso expresso de extraterritorialidade incondicionada da lei penal brasileira, permite-se a dupla persecução penal.

Cuida-se, especificamente, dos crimes previstos no inciso I do art. 7º do Código Penal, quais sejam:

- contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;
- contra a administração pública, por quem está a seu serviço;
- de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; e
- de tortura, sendo a vítima brasileira (Lei n. 9.455/1997, art. 2º).

A pena eventualmente cumprida no exterior – em decorrência do *ne bis in idem* (em sentido substantivo: *princípio da compensação*) – também deve ser computada na pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando idênticas, ou atenuá-la, quando diversas (arts. 7º e 8º do Código Penal).

d) Em casos de crimes cometidos apenas no território estrangeiro, e sendo caso de extraterritorialidade condicionada da lei penal brasileira, regra geral é vedada a dupla persecução penal, tendo aplicação então o princípio *ne bis in idem* em seu aspecto processual (*princípio da exclusão total, bloqueio ou vedação ao duplo risco*).

Cuida-se, especificamente, dos crimes previstos no inciso II e no § 3º do art. 7º do Código Penal, quais sejam:

- que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;

- praticados por brasileiro;
- praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro;
- cometidos por estrangeiro contra brasileiro; e
- de tortura, encontrando o agente em local sob jurisdição brasileira (Lei n. 9.455/1997, art. 2º).

Em síntese, portanto, temos que, de acordo com a literalidade das disposições presentes no Código Penal brasileiro, o reconhecimento do efeito de “exclusão total” ou “bloqueio” (vedação à dupla persecução penal) decorrente do princípio *ne bis in idem*, em casos de concorrência horizontal transnacional, somente se aplica quanto aos crimes cometidos no estrangeiro e que sejam casos de *extraterritorialidade condicionada*.

Nos casos de crimes cometidos no Brasil, crimes transnacionais e crimes cometidos no estrangeiro (sendo casos de extraterritorialidade incondicionada), é reconhecido tão somente o efeito de “compensação de penas” (aspecto substantivo do princípio *ne bis in idem*: vedação à dupla punição).

Note-se que essa sistemática não é singular ao direito brasileiro. Costuma ser regra na atualidade entre os Estados, como revela um estudo feito pela Associação Internacional de Direito Penal – AIDP quanto aos sistemas de dezoito diferentes países e apresentado no XVII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Berlim em setembro de 2004, como expõe Spinellis (2002, p. 1151):

“A aplicação deste princípio tem sido limitada até recentemente ao campo de cada jurisdição nacional. Uma regra internacional que proíba ou limite a acusação em um determinado Estado de uma pessoa por um delito para o qual já foi condenada ou absolvida finalmente em outro Estado ainda não é reconhecida ou aceita na legislação da maioria dos Estados”.

Idêntico é o magistério de Böse (2019, p. 19):

“De acordo com o entendimento tradicional, essa proteção é limitada ao sistema de justiça criminal no qual a decisão final (condenação ou absolvição) foi proferida (ou seja, o estado da sentença)”.

No mesmo sentido é o informe de De La Cuesta (2002, p. 680):

*“O reconhecimento do efeito de bloqueio transnacional do princípio *ne bis in idem* em nível estatal não é frequente e tem características especiais.*

*O *ne bis in idem* transnacional é geralmente reservado para infrações cometidas no estrangeiro e julgadas por uma jurisdição estrangeira, (...) salvo se praticados contra os interesses mais altos da nação”.*

Tal como no Brasil, a orientação geralmente adotada pelas nações⁸⁰⁰, portanto, é no sentido de que o aspecto processual do princípio *ne bis in idem* (“bloqueio”) não desempenha um papel transnacional em relação a infrações cometidas no território nacional (no todo ou em parte) ou em relação a infrações que se enquadram no campo de aplicação do princípio da proteção (que, no Brasil, é um dos casos de extraterritorialidade incondicionada).

Pelo magistério de Montoya Ramos (2013, p. 2164),

“A prática dos países chegou a um ponto de polarização: alguns países simplesmente ignoram a existência de um juízo anterior e realizam um novo processo penal. Outros países reconhecem as sentenças anteriores, mas de maneira limitada pois geralmente só abatem da nova condenação o tempo que o acusado tenha estado privado de sua liberdade no estrangeiro, cumprindo pena”⁸⁰¹.

Essa limitação excepcional da aplicação da vedação à dupla persecução penal (aspecto processual da garantia do *ne bis in idem*) nos casos de concorrência horizontal transnacional, especificamente nas hipóteses de crimes cometidos no Brasil, de crimes transnacionais e de extraterritorialidade incondicionada, decorre, evidentemente, da salvaguarda da soberania nacional.

Explica De La Cuesta (2002, p. 675):

“No entanto, a aplicação deste princípio entre diferentes sistemas jurídicos sempre foi apresentada como algo controverso, entre outras razões porque, devido à soberania do Estado, a conduta que afeta vários Estados deve sempre ser considerada como um crime independente em cada Estado”.

Isto porque, conforme leciona Vervaele (2005, p. 101), “os Estados consideram seu *ius puniendi* e o pleno exercício dele como essencial à sua soberania”.

Ou seja: a possibilidade de processos em dois (ou mais países) países, pelo mesmo fato, é decorrência natural e lógica da soberania de cada país, constituindo uma aceitável limitação ao aspecto processual do *ne bis in idem* (exceção ao princípio da exclusão total).

Prova que a questão afeta a soberania nacional está no disposto no art. 82, III, da Lei n. 13.445/2017, segundo o qual:

“Art. 82. Não se concederá a extradição quando:

(...) III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando”.

800 Citem-se, exemplificativamente, o parágrafo 51 do StGB alemão, o artigo 138 do Código Penal italiano, o parágrafo 66 do StGB austríaco e o artigo 31 do Código Penal suíço, todos no sentido de assegurar que, quando o acusado já tiver cumprido pena no estrangeiro pelo mesmo fato, seja ela descontada da que lhe vier a ser aplicada. Em sentido contrário é o ordenamento holandês, que no art. 68 de seu Código Penal tem uma disposição geral *ne bis in idem* aplicável a julgamentos nacionais e estrangeiros, independentemente de onde o crime foi cometido (BAAUW, 1997, p. 77).

801 No mesmo sentido é o magistério de CRYER, 2010, pp. 80-81, nota 33.

Isso não importa afastar a aplicação da garantia do *ne bis in idem* em seu aspecto material, posto incidir nestes casos a regra constante do art. 8º do Código Penal, que trata da possibilidade de mitigação da pena:

“Art. 8º. A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

Desse modo, a restrição excepcional do aspecto processual do princípio *ne bis in idem* (“bloqueio”), justificada pelo princípio da soberania, é temperada ou atenuada pela vedação à dupla punição (princípio da compensação), que constitui o aspecto substancial do princípio.

Assim, apesar de se tratar de uma situação excepcional em que a abertura de um novo processo não é bloqueada pela existência de um outro processo pelo mesmo crime, em tramitação ou até mesmo já finalizado, mesmo assim o *ne bis in idem* funciona impedindo uma dupla penalização, em conformidade com o princípio da compensação.

De modo que,

“caso haja divergência qualitativa de sanções estabelecidas, cumprirá ao julgador, consoante seu prudente arbítrio, no âmbito da execução penal, efetuar uma atenuação quanto à pena a ser cumprida no Brasil. Já se as punições forem de mesma natureza – e.g., privativas de liberdade –, impõe-se a dedução da pena já cumprida no exterior. Por fim, há de se notar que, se a pena cumprida for idêntica ou superior à imposta no Brasil, nada haverá de ser aqui executado, devendo ser reconhecida a extinção da punibilidade do agente pelo cumprimento de pena” (SOUZA, 2019, p. 132).

Concretamente, então, nesses casos, a possibilidade de duplicidade de julgamento é atenuada pela regra do art. 8º do Código Penal, que vai ao encontro do bom senso e ao interesse superior de dignidade, de justiça e de humanidade, em plena conformidade com a Constituição da República (PRADO, 2017, p. 268).

A aplicação do disposto no art. 8º do Código Penal quando houver concorrência transnacional horizontal no exercício da jurisdição penal, assegurando o *ne bis in idem* em seu aspecto substantivo nestes casos (princípio da compensação ou vedação à dupla punição), visa concretizar os princípios constitucionais de dignidade, justiça e humanidade, ao tempo em também preserva a soberania nacional.

Conforme leciona Spinellis (2002, p. 1155):

*“A extensão em que a coisa julgada em um Estado deve ser reconhecida e ter um efeito positivo em outro Estado depende da total discrição do legislador naquele Estado. O reconhecimento e a dedução são fornecidos, entretanto, na legislação de muitos Estados e têm sido usados para amenizar as duras consequências da restrição do escopo do *ne bis in idem* internacionalmente”.*

9. O RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 4.057: UM IMPORTANTE PRECEDENTE

Em 1916 o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso em *Habeas Corpus* n. 4.057⁸⁰² que recebeu a seguinte ementa:

“A lei penal é aplicável a todos os indivíduos, nacionais e estrangeiros, que, em território brasileiro, praticarem fatos criminosos e puníveis. É ofensivo da soberania nacional tolerar que um estrangeiro, delinquente no Brasil, recorra à fuga como meio de fazer-se julgar pela justiça o seu país. Inteligência do art. 2º, II, da Lei n. 2.416, de 1911. As sentenças estrangeiras, em matéria criminal, são exclusivamente territoriais, não produzindo efeitos jurídicos fora do país em que são proferidas”.

Tratou-se do caso de um cidadão português que teria cometido um crime no Brasil e em seguida retornou ao seu país de origem, onde foi processado e absolvido. Com base no julgamento ocorrido em Portugal, pretendeu-se a anulação do processo instaurado no Brasil pelo mesmo fato, ainda em tramitação à época do julgamento.

Considerou o Supremo Tribunal Federal que não se aplicam ao caso os princípios do *ne bis in idem* e da *res judicata*, “porquanto não se trata de julgado da justiça do mesmo país”.

A importância desta decisão está em que representa a orientação que restou consagrada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional brasileiro, no sentido de que o aspecto processual do princípio *ne bis in idem* (“bloqueio”) não desempenha um papel transnacional em relação a infrações cometidas no território nacional.

10. INAPLICABILIDADE À CONCORRÊNCIA TRANSNACIONAL HORIZONTAL DAS REGRAS DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969) E DO PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966) QUE ACOLHEM O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM

Pode-se dizer que, a princípio, não incidem, no caso de concorrência transnacional horizontal, as previsões sobre *ne bis in idem* (em seu aspecto processual: vedação à dupla persecução) – ou *double jeopardy* (“duplo risco”) – contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), por constituírem normas internacionais a limitar a jurisdição de cada país signatário, impedindo que um específico Estado processe o indivíduo mais de uma vez, pelos mesmos fatos, em seu respectivo âmbito espaço territorial soberano (dimensão vertical da garantia internacional)⁸⁰³.

802 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* n. 4.057. Relator o Ministro Viveiros de Castro. Julgado em 23.8.1916. Publicado na Revista do STF, Ano III, n. 1, Vol. III, julho de 1916, pp. 383-388.

803 Note-se que nos Estados Unidos da América a regra da proibição de dupla persecução sequer é totalmente aceita no

Em outras palavras: os mencionados atos de direito internacional não vedam a incidência da jurisdição estatal, mesmo que o réu esteja sendo ou já tenha sido processado em outro país, quando se tratar de crimes cometidos no Brasil, crimes transnacionais e crimes cometidos no estrangeiro (sendo caso de extraterritorialidade incondicionada da lei brasileira), hipóteses em que ocorre a concorrência transnacional horizontal.

As disposições mencionadas são as seguintes:

“O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

(Convenção Americana de Direitos Humanos – promulgada pelo Decreto n. 678/1992, art. 8.4)

“Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

(Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – promulgado pelo Decreto n. 592/1992, art. 14.7)

Essas normas destinam-se precipuamente a impedir que os Estados, *per se*, violem a concepção da vedação à dupla persecução penal (aspecto processual da garantia do *ne bis in idem*) em seus territórios, conforme leciona Saboya (2014, p. 32):

“Os instrumentos de direitos humanos que consagram o princípio do ne bis in idem, tradicionalmente, não estendem a garantia da proibição do bis in idem entre as jurisdições de mais de um Estado, assegurando-o apenas de forma horizontal, ou seja, em nível de direito interno ou nacional”.

No mesmo sentido é o magistério de Vervaele (2005, p. 102):

“Não há norma imperativa de direito internacional (ius cogens) instituindo o dever de respeitar o princípio ne bis in idem entre os Estados”.

Também nessa linha é o entendimento de Conway (2003, p. 218).

O princípio do *ne bis in idem* (em seu aspecto processual: princípio da exclusão total) – ou *double jeopardy* (“duplo risco”) – não abrangeria assim a contingência de dois processos em países distintos, pois isso acarretaria clara limitação da soberania dos Estados envolvidos.

Uma coisa é exercer a jurisdição e não poder fazê-lo novamente (*ne bis in idem* interno); outra é não poder exercê-la quando outro Estado o tiver feito.

âmbito interno. Apesar de se adotar o chamado *double jeopardy* (“duplo risco”) como defesa processual (vide *Ball v. United States*, 163 US 662: 1896), há uma exceção fundamental: pela doutrina da *dupla soberania* admite-se que vários soberanos possam indiciar um réu pelo mesmo crime. Desta forma, como os governos federal e estadual podem ter leis penais sobrepostas, um criminoso pode ser condenado em estados individuais e tribunais federais exatamente pelo mesmo crime ou por crimes diferentes decorrentes dos mesmos fatos (Cf. ADLER, 2014, pp. 248-575). Nesse sentido, vide o recente julgamento, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, do caso *Gamble v. United States*, 17-646, 587: 2019).

Nesta última situação, o Estado não poderia exercer a sua jurisdição, em razão da atuação prévia de um outro Estado, o que afeta o princípio da soberania, de *inegável importância* na formulação e prática dos Estados contemporâneos.

Assim a regra da Convenção da Organização das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (promulgada pelo Decreto n. 5.015/2004):

“Art. 15.6. Sem prejuízo das normas do direito internacional geral, a presente Convenção não excluirá o exercício de qualquer competência jurisdicional penal estabelecida por um Estado Parte em conformidade com o seu direito interno”.

No magistério de De La Cuesta (2002, p. 678):

“Estamos, ademais, perante um princípio com especial relevância a nível interno, como forma de conciliar a intervenção de várias ordens sancionatórias, algo perfeitamente possível em não poucos países, não só em casos de lei disciplinar, mas também quando há sanções administrativas e criminais que às vezes concorrem sobre os mesmos atos ilícitos, sem que a dupla penalidade seja aceitável.

Por causa de sua importância óbvia, também no nível internacional o princípio ne bis in idem é tido como princípio geral do Direito Internacional, tendo encontrado tradução, diretamente ou em termos de suas consequências, em alguns instrumentos internacionais relevantes, e em particular em determinadas áreas regionais (por exemplo, o espaço europeu). No entanto, o seu alcance destina-se principalmente a garantir o respeito pelo princípio ne bis in idem no plano interno e, como tal, não atinge relevância internacional”.
(grifos nossos)

No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, vale notar a “*ressalva explicitada no final do dispositivo possibilitando a pluralidade de julgamentos, tendo em vista as regras frequentemente adotadas de extraterritorialidade incondicionada ou de territorialidade absoluta*” (Cf. MAIA, 2005, p. 55).

A regra, portanto, é que os países, em geral, não renunciam à sua soberania, mesmo quando o fato em tese criminoso estiver sendo ou já tiver sido objeto de processo penal em outro país⁸⁰⁴.

Exemplificativamente se pode recordar o disposto na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Protocolo opcional n. 7, Artigo 4):

“Ninguém será processado penalmente ou punido sob a jurisdição do mesmo Estado por um crime pelo qual ele ou ela já tenha sido finalmente absolvido ou condenado de acordo com a lei e o procedimento penal desse Estado”⁸⁰⁵.

804 No Brasil, como visto, excetua-se apenas os casos de aplicação extraterritorial condicionada da lei penal.

805 Cf. Ieciona Vervaele (2005, p. 102), “o TEDH lida apenas com o *ne bis in idem* nacional, ou seja, o princípio como opera de acordo com as ordens legais domésticas dos Estados Partes, e não lida com o internacional ou transnacional *ne bis in idem*”.

11. O TRATAMENTO DA MATÉRIA NA CONVENÇÃO DE APLICAÇÃO DO ACORDO DE SCHENGEN – CAAS

Note-se que esse paradigma (prevalência da soberania nacional) sofre pontual e compreensível atenuação no âmbito comunitário da União Europeia, em decorrência do reconhecimento do direito à livre circulação de seus cidadãos.

Como leciona Vervaele (2013, p. 211), “*em um cenário de mercado interno integrado e de um espaço comum de liberdade, segurança e justiça, cidadãos e pessoas coletivas podem esperar uma proteção equivalente aos direitos humanos entre os Estados-Membros da UE*”.

O art. 54 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen – CAAS, de 14 de Junho de 1985, estipula que ninguém pode ser perseguido criminalmente em Estado contratante pelos mesmos fatos pelos quais tenha já sido definitivamente julgado em outro Estado contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja atualmente em curso de execução ou não possa já ser executada.

É assente que o art. 54 da CAAS tem como objetivo evitar que uma pessoa, por exercer o seu direito de livre circulação, seja perseguida criminalmente pelos mesmos factos no território de vários Estados contratantes⁸⁰⁶:

*“O Artigo 54 da CAAS leva o princípio ne bis in idem um passo adiante, afirmando que uma pessoa cujo julgamento foi finalmente concluído em uma Parte Contratante não pode ser processada em outra Parte Contratante pelos mesmos atos. Excluindo procedimentos em um Estado que não seja o Estado condenatório, o art. 54 da CAAS atribuiu ao princípio ne bis in idem um efeito transnacional”*⁸⁰⁷.

Esta disposição assegura a paz cívica das pessoas que, depois de terem sido submetidas a procedimentos criminais, foram definitivamente julgadas. Essas pessoas devem poder circular livremente sem temerem vir a ser alvo de novos processos-crime noutra Estado contratante⁸⁰⁸.

Acrescente-se que o princípio *ne bis in idem*, consagrado no art. 54 da CAAS, implica necessariamente que exista uma confiança mútua dos Estados contratantes nos respectivos sistemas de justiça penal e que cada qual dos Estados aceite a aplicação do direito penal em vigor nos outros Estados contratantes, ainda que a aplicação do seu direito nacional pudesse conduzir a uma solução diferente⁸⁰⁹.

Essa convenção se aplica apenas no âmbito supranacional da União Europeia, onde cada país renunciou em certa medida sua própria soberania em prol da construção

806 *Vide* as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nos casos Gözütok (C-187/01), Brügger (C-385/01, Colect., p. I-1345) e Van Straaten (C-150/05, Colect., 2006, p. I-9327).

807 BÖSE, 2019, p. 19.

808 Conforme a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso Giuseppe Francesco Gasparini e outros (C-467/04, Colect., p. 9245).

809 Conforme a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso Van Esbroeck (C-436/04, Colect., p. 2333).

de um espaço comunitário comum, não tendo validade sequer nas relações entre países comunitários e não-comunitários, onde é preservada integralmente a soberania de cada nação europeia.

O art. 55 da CASS permite que os países signatários, no momento da ratificação, aceitação ou aprovação da convenção, podem declarar que não se submetem ao artigo 54 num ou mais dos seguintes casos:

- “a) Quando os fatos a que se refere a sentença estrangeira tenham ocorrido, no todo, ou em parte, no seu território; neste último caso, esta exceção não é, todavia, aplicável se estes fatos ocorreram em parte no território da parte contratante em que a sentença foi proferida;*
- b) Quando os fatos a que se refere a sentença estrangeira constituam crime contra a segurança do Estado ou de outros interesses igualmente essenciais desta parte contratante;*
- c) Quando os fatos a que se refere a sentença estrangeira tenham sido praticados por um funcionário desta parte contratante em violação dos deveres do seu cargo”.*

12. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

Em diversos julgados adota o Superior Tribunal de Justiça orientação no sentido da inaplicabilidade da vedação à dupla persecução penal (aspecto processual da garantia do *ne bis in idem*) em casos de concorrência transnacional horizontal:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. APLICAÇÃO DA LEI BRASILEIRA. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL CRIME INICIADO EM TERRITÓRIO NACIONAL. SEQUESTRO OCORRIDO EM TERRA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO. CONDUÇÃO DA VITIMA PARA TERRITÓRIO ESTRANGEIRO EM AERONAVE. PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE. LUGAR DO CRIME - TEORIA DA UBIQUIDADE. IRRELEVÂNCIA QUANTO AO EVENTUAL PROCESSAMENTO CRIMINAL PELA JUSTIÇA PARAGUAIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. ORDEM DENEGADA.

- 1. Aplica-se a lei brasileira ao caso, tendo em vista o princípio da territorialidade e a teoria da ubiquidade consagrados na lei penal.*
- 2. Consta da sentença condenatória que o início da prática delitiva ocorreu nas dependências do aeroporto de Tupã/SP, cuja tese contrária exigiria exame profundo do acervo fático-probatório, incabível em sede de habeas corpus, sendo assegurado ao acusado o reexame das provas quando do julgamento de recurso de apelação eventualmente interposto, instrumento processual adequado para tal fim.*
- 3. Afasta-se a competência da Justiça Federal, pela não-ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 109 da Constituição Federal, mormente pela não-configuração de crime cometido a bordo de aeronave.*
- 4. Não existe qualquer óbice legal para a eventual duplicidade de julgamento pelas autoridades judiciárias brasileira e paraguaia, tendo em vista a regra constante do art. 8º do Código Penal.*

5. *Ordem denegada*⁸¹⁰.

“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO (...) CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E LAVAGEM DE DINHEIRO (ARTIGOS 16 E 22 DA LEI 7.492/1986 E ARTIGO 1º, INCISO VI, DA LEI 9.613/1998). ACORDO CELEBRADO COM A PROMOTÓRIA DE NOVA IORQUE. IMPOSIÇÃO DE PENA DE PERDIMENTO DOS VALORES BLOQUEADOS PELA JUSTIÇA NORTE-AMERICANA. PRETENDIDA EXTENSÃO À JURISDIÇÃO BRASILEIRA PARA FINS DE CASSAÇÃO DA CONDENAÇÃO AQUI PROFERIDA OU REDUÇÃO DA PENA IMPOSTA AOS ACUSADOS. IMPOSSIBILIDADE. ENTREGA NÃO ESPONTÂNEA DA QUANTIA BLOQUEADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Embora os pacientes tenham se utilizado de offshore constituída no exterior, bem como de contas situadas em banco estrangeiro para a prática dos ilícitos narrados na denúncia, o certo é que também fizeram uso de uma empresa sediada no território nacional, tendo sido condenados por operação de instituição financeira sem a devida autorização, operação de câmbio não autorizada com o fim de promover evasão de divisas do país e lavagem de capitais, delitos que lesionam o Sistema Financeiro Nacional, bem como a ordem econômica e tributária, a paz pública e a administração da Justiça do Brasil, motivo pelo qual não há falar em crimes praticados no estrangeiro, não havendo quaisquer impedimentos para a aplicação da lei penal brasileira à espécie (...)”⁸¹¹.

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE TORTURA, REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO E FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA. PRINCÍPIOS DA TERRITORIALIDADE E EXTRATERRITORIALIDADE INCONDICIONADA. CONEXÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO CAUTELAR. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. INTERESSE EXTRADICIONAL. ORDEM DENEGADA.

1. Iniciada a execução dos crimes de redução à condição análoga à de escravo (artigo 149 do CP) e de frustração de direito assegurado na legislação trabalhista (artigo 203 do CP) dentro do território nacional, compete à Justiça brasileira processar e julgar os fatos, independentemente de condicionantes extraterritoriais. Inteligência dos artigos 5º e 6º do Código Penal, representativos do princípio da territorialidade e da teoria da ubiquidade, adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro para a definição do local do crime (...)”⁸¹².

810 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. *Habeas Corpus* n. 41.892. Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 2.6.2005.

811 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Quinta Turma. *Habeas Corpus* n. 221.108. Relator o Ministro Jorge Mussi. Julgado em 11.3.2014.

812 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* n. 386.046. Relatora a Ministra Maria Thérreza de Assis Moura. DJe de 28.8.2018.

13. O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio do *Habeas Corpus* n. 171.118, Relator o Ministro Gilmar Mendes.

Em síntese, tem-se dos autos que o paciente foi denunciado por ter promovido, juntamente com outros dois brasileiros, lavagem de dinheiro decorrente de tráfico de drogas para a Suíça (entre 2002 e 2005 teriam introduzido 180 quilos de cocaína naquele país), sendo que os lucros decorrentes da atividade delituosa teriam sido movimentados em três contas bancárias mantidas pelos acusados em instituições financeiras brasileiras, e aqui também teriam constituído uma empresa e comprado dois imóveis, tudo com os lucros decorrentes da atividade de tráfico de drogas.

O juízo de primeiro grau recebeu a denúncia oferecida contra o paciente em decisão assim fundamentada⁸¹³:

“(...) A defesa (...) aduz, ainda, que o acusado já foi processado e condenado pelo Tribunal do Cantão de Zurique. Por essa razão, a defesa sustenta a lese de que o processamento dos mesmos fatos no Brasil configuraria bis in idem.

Preliminarmente, ressalto que a condenação proferida no exterior, sobre os mesmos fatos processados em território nacional não afasta o interesse de agir do Estado brasileiro.

Por outro lado, note-se que, a despeito do crime antecedente ter sido cometido em outro país, de acordo com a denúncia, o crime de lavagem também produziu resultados em território brasileiro, tendo em vista que os recursos foram internalizados e, por meio de expedientes fraudulentos, foram dissimulados e ocultados no Brasil. Destarte, o crime reputa-se aqui praticado.

Assim, não se trata de hipótese sujeita à incidência do disposto no art. 7º do Código Penal, mas apenas, se for o caso, em juízo a ser feito em sede de execução, de aplicação da regra constante do art. 8º do mesmo diploma legal. Observe-se que o referido dispositivo buscou resguardar o princípio da soberania, sobretudo no que tange à eficácia da legislação interna. Conclui-se, da simples leitura do dispositivo, que a ordem jurídica brasileira admite a dupla condenação pelos mesmos fatos, desde que em países diversos. Destarte, afasto esta preliminar”

Consta do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁸¹⁴:

“(...) Diante da documentação trazida, verifico que o paciente respondeu a procedimento judicial perante o Tribunal Distrital de Zurique, na Suíça, onde foi condenado pelo cometimento de diversos crimes, dentre eles, o crime de lavagem de capitais que ora lhe é imputado na denúncia de fls.18/29.

Assim, de fato, há identidade entre o objeto de ambos os procedimentos judiciais realizados no Brasil e na Suíça.

813 BRASIL. Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 3ª. Região. Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Juízo da Segunda Vara Criminal. Ação Penal n. 0003112-82.2013.4.03.6181. Decisão proferida em 29.1.2015.

814 BRASIL. Justiça Federal. Tribunal Regional Federal da 3ª. Região. Quinta Turma. *Habeas Corpus* n. 0008690-37.2016.4.03.0000. Relator o Juiz Federal Paulo Fontes. Julgado em 12.9.2016.

Insta salientar, no entanto, que, na Suíça, o paciente também foi acusado da prática do crime de tráfico de drogas, o que não ocorreu aqui.

Na denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal, atribui-se ao paciente a suposta ocultação e dissimulação da origem, natureza e propriedade de valores advindos de tráfico internacional de drogas, tendo este utilizado contas correntes em instituições financeiras brasileiras, bem como empresas constituídas, no Brasil, como fachada para o sucesso do esquema criminoso.

Apesar de ter o crime de lavagem de capitais iniciado sua execução na Suíça, onde foi gerado pela venda de drogas, sua execução e seus efeitos se deram, principalmente, no Brasil, o que faz incidir, in casu, a regra da territorialidade”.

O cenário fático traçado é, então, o seguinte: o paciente foi julgado e condenado em definitivo na Suíça pela prática de lavagem de dinheiro e tráfico de drogas, onde cumpriu pena. Posteriormente, foi denunciado pelo Ministério Público Federal no Brasil como incurso nas penas do mesmo crime de lavagem, porque, segundo a acusação, apesar do crime antecedente (tráfico de drogas) ter sido cometido em outro país, o delito de lavagem foi praticado em solo brasileiro⁸¹⁵.

Enfrentando a questão, o Superior Tribunal de Justiça manteve o trâmite da ação penal em desfavor do paciente, em acórdão assim ementado:

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. ITER CRIMINIS OCORRIDO NA SUÍÇA E NO BRASIL. CONDENAÇÃO E CUMPRIMENTO DA PENA POR ESTE DELITO NO EXTERIOR. AÇÃO PENAL PROPOSTA NA JUSTIÇA BRASILEIRA. VIABILIDADE. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. O crime também foi cometido no Brasil, tendo o acórdão reconhecido que a execução e os efeitos da lavagem de dinheiro ocorreram no território nacional, assim admite-se a persecução penal pela justiça brasileira, independentemente de outra condenação no exterior.

2. Desta forma, adota-se o princípio da territorialidade previsto no art. 5º do Código Penal – CP, segundo o qual aplica-se a lei brasileira a qualquer crime cometido no Brasil. Todavia, segundo a previsão do art. 8º CP, a pena cumprida no estrangeiro vai atenuar a reprimenda imposta aqui.

3. Recurso desprovido”.

(STJ. Quinta Turma. Recurso em *Habeas Corpus* n. 78.684. Relator o Ministro Joel Ilan Paciornik. DJe de 8.2.2019)

Justamente contra esse acórdão é que foi impetrado, no Supremo Tribunal Federal, o *Habeas Corpus* n. 171.118.

⁸¹⁵ Note-se que o paciente não foi denunciado, no Brasil, pelo crime de tráfico de drogas. Sendo o agente brasileiro, a situação é de aplicação extraterritorial (condicionada) da lei penal nacional (art. 7º, II, *b* do Código Penal). Quanto ao crime de *tráfico de drogas* cometido no exterior, nosso sistema jurídico agasalha o princípio *ne bis in idem* em seu aspecto processual (Código Penal, art. 7º, § 2º, *d*: princípio da exclusão total), e por isso a ação penal em curso no Brasil não engloba essa conduta, mas somente a *lavagem de dinheiro* aqui praticada.

Coube, então, ao Supremo Tribunal Federal, definir a aplicabilidade ou não da dimensão transnacional da vedação à dupla persecução penal (aspecto processual da garantia do *ne bis in idem*), sob o pressuposto de que *o crime foi praticado no Brasil* e que já existe uma condenação penal no estrangeiro, com a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena.

Pois bem. A competência da jurisdição brasileira, quanto ao crime de lavagem de dinheiro, é certa em razão do princípio da territorialidade.

De acordo com as disposições constantes do Código Penal, como demonstrado, sendo a lavagem de dinheiro (da forma como imputada ao paciente) crime transnacional, cometido no território brasileiro, é permitida a dupla persecução penal, mas a pena eventualmente cumprida no exterior – em decorrência do *ne bis in idem* (em sentido substantivo: *princípio da compensação*) – deve ser computada naquela imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando idênticas, ou atenuá-la, quando diversas (arts. 5º, 6º e 8º do Código Penal).

Portanto, sob o ponto de vista da legislação infraconstitucional, irretocável foi o julgamento feito pelo Superior Tribunal de Justiça, pois a Justiça brasileira é a competente para processar e julgar os crimes cometidos no território nacional, ainda que sejam infrações penais transnacionais, e independente da punição que venha a ser imposta em razão dos mesmos fatos pelo Poder Judiciário de Estado estrangeiro.

Esse entendimento decorre do disposto no inciso V do artigo 109 da Constituição brasileira:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (...).

Internamente, a competência nesses casos de crimes transnacionais é definida pelo art. 70 e seu parágrafo primeiro do Código de Processo Penal:

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução

§ 1º Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumar fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução.

No caso ora em estudo, o crime de *lavagem de dinheiro* atribuído ao paciente foi integralmente consumado no Brasil. Aqui foi ocultada e dissimulada a origem ilícita e a propriedade dos recursos havidos pelo paciente e pelos demais corréus do crime antecedente de tráfico internacional de drogas, seja pela abertura de contas bancárias nas quais os valores foram depositados, seja pela constituição de empresa de fachada para operacionalizar a lavagem, seja pela aquisição de imóveis.

A princípio, não sobrepairá dúvida de que o processo criminal foi validamente instaurado no Brasil, não cabendo à justiça brasileira renunciar ao exercício da jurisdição quanto a um crime praticado em seu território em razão de eventual processo que tenha transcorrido no estrangeiro em decorrência do mesmo fato.

A possibilidade de processos nos dois países defluiu, natural e logicamente, da soberania de cada país, constituindo uma aceitável limitação ao aspecto processual do *ne bis in idem* (exceção ao princípio da exclusão total), atenuada pela vedação à dupla punição (princípio da compensação).

Anota Prado (2015, p. 236):

“As leis, como produto histórico-cultural de um povo e expressão de soberania estatal, são, em geral, editadas para vigorar no âmbito espacial do país. Em geral, cada Estado é soberano para delimitar seu próprio poder punitivo, em observância às regras de Direito Internacional – princípio da competência autônoma dos Estados. Fundamenta-se a atribuição do poder punitivo quando exista uma relação direta com o interesse da administração da Justiça, preservando o interesse dos outros Estados na defesa de sua ordem jurídica e na proteção de seus cidadãos”.

A possibilidade de dupla persecução, no caso ora em foco, portanto, constitui decorrência lógica do princípio da soberania.

Para evitar dupla punição do agente pelo mesmo fato, situação na qual ficaria então configurado o *bis in idem*, a lei penal brasileira prevê temperamentos na aplicação da pena, conforme regra constante do art. 8º do Código Penal (princípio da compensação):

“Art. 8º. A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

Contudo, na sessão de julgamento do dia 12.11.2019, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, concedeu a ordem impetrada no Habeas Corpus n. 171.118 e determinou o trancamento da Ação Penal n. 0003112-82.2013.4.03.6181, então em tramitação na 2ª. Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, em acórdão assim ementado:

“Penal e Processual Penal.

2. Proibição de dupla persecução penal e ne bis in idem.

3. Parâmetro para controle de convencionalidade. Art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de “proteger os direitos dos cidadãos que tenham sido processados por determinados fatos para que não voltem a ser julgados pelos mesmos fatos” (Casos Loayza Tamayo vs. Perú de 1997; Mohamed vs. Argentina de 2012; J. vs. Perú de 2013).

4. Limitação ao art. 8º do Código Penal e interpretação conjunta com o art. 5º do CP.

5. *Proibição de o Estado brasileiro instaurar persecução penal fundada nos mesmos fatos de ação penal já transitada em julgado sob a jurisdição de outro Estado. Precedente: Ext 1.223/DF Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 28.2.2014.*

6. *Ordem de habeas corpus concedida para trancar o processo penal”.*

Concretamente, impôs o Supremo Tribunal Federal, no caso de crime cometido no território brasileiro e marcado pela transnacionalidade, limitação à soberania nacional, determinando a renúncia total (“bloqueio”) ao exercício da jurisdição penal posto existir um anterior processo (no caso, com condenação e pena já cumprida) no exterior. Ou, em outras palavras, reconheceu o Tribunal Constitucional brasileiro a dimensão transnacional da vedação à dupla persecução penal (aspecto processual da garantia do *ne bis in idem*).

14. OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO PROFERIDA PELA SEGUNDA TURMA DO STF

A controvérsia foi perfeitamente sintetizada pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes, na seguinte passagem de seu voto condutor:

“O direito de não ser processado duplamente por fatos já julgados se aplica também em âmbito internacional?”

Em seguida, cuidou de fixar a premissa – verdadeira – de que a “*prática delituosa provoca o interesse de agir de ambos os Estados afetados*”, o que configura a concorrência transnacional horizontal.

Adentrando ao mérito, fixou que os artigos 82, V e 100, *caput*, da Lei n. 13.445/2017⁸¹⁶ instituem, quanto ao processo de extradição,

“(…) evidente garantia contra nova persecução penal pelos mesmos fatos, de modo a se consagrar a proibição de dupla persecução penal também entre países, no âmbito internacional”.

Na sequência, expôs o Relator que

“(…) o exercício do controle de convencionalidade, tendo por paradigmas os dispositivos do art. 14, n. 7, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o art. 8, n. 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos, determina a vedação à dupla persecução penal, ainda que em jurisdições de países distintos”.

Daí a conclusão de que

“(…) o art. 8º do Código Penal deve ser lido em conformidade com os preceitos convencionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vedando-se a dupla persecução penal por idênticos fatos”.

816 O art. 82 elenca os casos em que o Estado brasileiro não concede extradição, dispondo em seu inciso V que a medida não é cabível quando “o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido”. Já no art. 100, ao tratar da transferência da execução da pena de um Estado a outro, assim dispõe a Lei n. 13.445/2007: “Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, desde que observado o princípio do non bis in idem”.

Neste ponto, invocou-se o julgamento da Extradicação n. 1.223 (STF, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 28.2.2014) como precedente no qual o Supremo Tribunal Federal já teria adotado essa orientação.

Por fim, fez o Relator a ressalva de que

“(...) se houver a devida comprovação de que o julgamento em outro país sobre os mesmos fatos não se realizou de modo justo e legítimo, desrespeitando obrigações processuais positivas, a vedação de dupla persecução pode ser eventualmente ponderada para complementação em persecução interna”.

15. AMPLIAÇÃO DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DAS REGRAS DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969) E DO PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966) QUE ACOLHEM O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM

De acordo com o Relator, Ministro Gilmar Mendes,

“Ao aplicar o direito assegurado no art. 8.4 da CADH, no caso Loayza Tamayo vs. Perú de 1997, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que ‘o princípio de non bis in idem está contemplado no art. 8.4. da Convenção’ de modo a ‘proteger os direitos dos cidadãos que tenham sido processados por determinados fatos para que não voltem a ser julgados pelos mesmos fatos’. Tal interpretação foi reiterada nos casos Mohamed vs. Argentina de 2012 e J. vs. Perú de 2013”.

Assim dispõe o art. 8.4 da CADH:

“O acusado absolvido por uma sentença firme não poderá ser submetido a novo julgamento pelos mesmos fatos”.

Ocorre que a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Loaysa Tamayo vs. Peru (sentença de 17.9.1997) trata da vedação à dupla persecução nos juízos comum e militar do Peru pelo mesmo fato, embora em tese pudesse constituir dois crimes distintos (traição à pátria e terrorismo)⁸¹⁷.

É, pois, um exemplo de aplicação da regra convencional no âmbito interno de cada país signatário, e não na concorrência transnacional horizontal.

No caso Mohamed vs. Argentina (sentença de 23.11.2012), a CIDH também tratou da aplicação da regra convencional no âmbito interno de cada país, especificamente (neste caso) da possibilidade de terceira pessoa interpôr recurso contra uma sentença absolutória de primeiro grau⁸¹⁸.

817 A CIDH considerou que, ao promover o julgamento da senhora María Elena Loayza Tamayo na jurisdição ordinária pelos mesmos fatos pelos quais havia sido absolvida na jurisdição militar, o Estado peruano violou o artigo 8.4 da Convenção Americana (*Loaysa Tamayo c. Peru, Mérito, Sentença de 17 de setembro de 1997, Série C No. 33*).

818 Já neste caso (*Mohamed c. Argentina, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 de novembro de 2012, Série C No. 255*), a CIDH julgou que o fato de ter ocorrido recurso contra a sentença de primeiro grau (absolutória), ao qual se deu provimento com a condenação do acusado, não configura violação ao art. 8.4 da CADH (inexistência de anterior decisão absolutória firme).

Por fim, no caso *J. vs. Perú* (sentença 27.11.2013) a CIDH igualmente cuidou da aplicação da regra convencional no âmbito interno de cada país, já que se tratou de uma senhora absolvida da acusação de terrorismo em 1993 mas que teve essa sentença favorável declarada nula pela Corte Suprema de Justiça peruana⁸¹⁹.

Por sua vez, o Comitê de Direitos Humanos da ONU⁸²⁰ já decidiu, quanto à validade internacional da disposição constante do Pacto de 1966, não ser ela aplicável transnacionalmente, em 1987⁸²¹. Uma década depois, o CDH/ONU reafirmou que o princípio *ne bis in idem* constante do art. 14.7, “*unicamente proíbe que se processe alguém duas vezes pelo mesmo crime apenas em relação a um determinado Estado*”⁸²².

A conclusão que se extrai desse panorama traçado é que o Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 171.118, em 12.11.2019, em verdade, conferiu ao disposto no art. 8.4 da CADH (assim como também ao disposto no art. 14.7 do PIDCP), uma interpretação mais abrangente do que a própria CIDH e o próprio CDH/ONU lhes dão, pois aplicou a garantia do *ne bis in idem*, em sua dimensão processual (“bloqueio” ou vedação ao duplo risco)⁸²³, no plano da concorrência transnacional horizontal.

Concretamente, tratou o Supremo Tribunal Federal de fixar a aplicabilidade da regra convencional para além do âmbito interno do Brasil, reconhecendo plenamente a garantia também na concorrência transnacional horizontal.

Com isso, procedeu o Tribunal Constitucional brasileiro a uma inequívoca ampliação do âmbito de aplicação das regras da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) que acolhem o princípio do *ne bis in idem*, em sua dimensão processual (“bloqueio” ou vedação ao duplo risco), dando-lhes, de maneira pioneira, uma abrangência transnacional ou internacional.

Esta ampliação, que reconheceu também uma dimensão horizontal da garantia internacional, mostra-se corretamente alinhada com as mudanças ocorridas na sociedade mundial nos tempos contemporâneos, principalmente com o aspecto da universalização dos direitos humanos e a criação consensual de mecanismos supranacionais destinados a protegê-los.

819 Neste caso (*J. c. Perú*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 27 de novembro de 2013, Série C No. 275), por ter sido a sentença absolutória anulada, no ponto específico a CIDH decidiu que o Estado do Perú não violou a garantia do *ne bis in idem* (inexistência de anterior decisão absolutória firme).

820 Órgão antecessor do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

821 Conselho de Direitos Humanos da ONU. Ap. *versus* Itália. Comunicação n. 204/1986 (CCPR/C/OP/1 at 67/1987). 2.11.1987.

822 Conselho de Direitos Humanos da ONU. *A.R.J. c. Austrália*. Comunicação n. 692/1996 (CCPR/C/60/D/692/1996). 28.7.1997 (parágrafo 6.4.1). *Vide*, também, o Comentário Geral do Comitê de Direitos Humanos sobre o Artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (2007), no ponto 57.

823 Lembre-se aqui que o Código Penal brasileiro prevê, expressamente, a dimensão material da garantia do *ne bis in idem* em seu art. 8º: “*A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas*”.

Desse modo, acolhe o Supremo Tribunal Federal um modelo de processo penal moderno, baseado na ideia de justiça universal, dando uma pioneira e inédita dimensão

16. A LEI DE IMIGRAÇÃO (LEI N. 13.445/2017) COMO MARCO NORMATIVO DA TRANSNACIONALIDADE DA GARANTIA PROCESSUAL DO NE BIS IN IDEM

A dimensão transnacional da vedação à dupla persecução penal (aspecto processual da garantia do *ne bis in idem*) é tradicionalmente adotada no Brasil em relação aos processos de extradição.

Isto porque nosso país não concede extradição de pessoa que esteja respondendo a processo ou já tenha sido condenada ou absolvida no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido extraditório.

Essa vedação está expressamente presente nos sucessivos diplomas legais que regularam a extradição no Brasil: Lei n. 2.416/1911, art. 2º, II⁸²⁴; Decreto-lei n. 394/1938, art. 2º, IV⁸²⁵; Decreto-lei n. 941/1969, art. 88, V⁸²⁶; Lei n. 6.815/1980, art. 77, V⁸²⁷; e Lei n. 13.445/2017, art. 82, V⁸²⁸.

Assim, o Brasil não reconhece que possa uma pessoa que aqui está sendo processada ou já tenha sido julgada ser entregue compulsoriamente a outro país para lá ser processada ou cumprir pena pelo mesmo fato.

Essa garantia foi, por diversas vezes, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal:

“A extradição não será concedida, se, pelo mesmo fato em que se fundar o pedido extraditacional, o súdito reclamado estiver sendo submetido a procedimento penal no Brasil, ou já houver sido condenado ou absolvido pelas autoridades judiciárias brasileiras. Ninguém pode expor-se, em tema de liberdade individual, à situação de duplo risco. Essa é a razão pela qual a existência de situação configuradora de ‘double jeopardy’ atua como insuperável causa obstativa

824 BRASIL. Lei n. 2.416, de 28 de junho de 1911. Regula a extradição de nacionais e estrangeiros e o processo e julgamento dos mesmos, quando, fora do país, perpetrarem algum dos crimes mencionados nesta lei. Publicado na Coleção de Leis do Brasil de 1911, Volume 6, p. 27. Art. 2º: “A extradição não pôde ser concedida nos casos seguintes: (...) II. Quando o extraditando estiver sendo processado ou já tiver sido condenado ou absolvido pelo Poder Judiciário brasileiro pelo mesmo facto que determinar o pedido”.

825 BRASIL. Decreto-lei n. 394, de 28 de abril de 1938. Regula a extradição. Publicado na Coleção de Leis do Brasil de 1938, Volume 1, p. 68. Art. 2º: “Não será, também, concedida a extradição nos seguintes casos: (...) IV - Quando o extraditando estiver sendo processado ou já tiver sido condenado ou absolvido no Brasil, pelo mesmo facto que determinar o pedido”.

826 BRASIL. Decreto-lei n. 941, de 13 de outubro de 1969. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, e dá outras providências. Publicado no DOU de 14.10.1969. Art. 88: “Não se concederá a extradição: (...) V - Quando o extraditando estiver sendo processado ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo facto em que se fundar o pedido”.

827 BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Publicada no DOU de 21.8.1980. Art. 77: “Não se concederá a extradição quando: (...) V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo facto em que se fundar o pedido”.

828 BRASIL. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Publicada no DOU de 25.5.2017. Art. 82: “Não se concederá a extradição quando: (...) V - o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo facto em que se fundar o pedido”. O art. 100, caput, da Lei n. 13.445/2017, também veda a transferência de execução da pena quando a medida violar a garantia da vedação à dupla persecução penal.

*do atendimento do pedido extradicional. Trata-se de garantia que tem por objetivo conferir efetividade ao postulado que veda o bis in idem*⁸²⁹.

*“A lei brasileira não admite seja o indivíduo processado criminalmente por delito pelo qual foi condenado, consagrando a regra, que vem do direito romano, do non bis in idem: não se pune duas vezes a um acusado pelo mesmo crime. Caso em que a extradição deve ser indeferida, porque ocorrente situação configuradora de double jeopardy, vale dizer, de duplo risco de condenação, no Estado requerente, pelo mesmo fato pelo qual foi condenado pela Justiça italiana. (...) Aplicabilidade, por analogia, do disposto no art. 77, V, da Lei 6.815/80*⁸³⁰.

Não vislumbrou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 171.118, motivo bastante a impedir que o mesmo postulado seja aplicado para além dos estritos limites do processo de extradição.

Trata-se de evidente diálogo de fontes⁸³¹. Se o postulado impede a extradição justamente para evitar que a pessoa seja submetida a um novo processo pelos mesmos fatos, também deve impedir a instauração de um novo processo aqui no Brasil, ainda que não se trate de um pedido de extradição.

17. A EXTRADIÇÃO N. 1.223 COMO PRECEDENTE: UMA ANÁLISE EQUIVOCADA

Cumprir fazer o necessário *distinguishing* entre o *Habeas Corpus* n. 171.118 e o julgamento, também pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, da Extradição n. 1.223, Relator o Ministro Celso de Mello, em 22.11.2011.

Tratou-se de requerimento de extradição formulado contra brasileiro naturalizado, fundada em condenação penal pela prática do delito de estupro, que foi indeferida pelo Supremo Tribunal Federal porque o evento delituoso que dava suporte à demanda extradicional ocorreu em momento posterior ao da naturalização da pessoa reclamada, de modo que a pretensão encontrou óbice na garantia esculpida no inciso LI do art. 5º. da Constituição brasileira, que veda a extradição de brasileiro, nato ou naturalizado⁸³².

Apesar da essência do julgamento ter sido a impossibilidade de se extraditar brasileiro naturalizado por crime (de estupro) posterior à naturalização, naquela extradição o Relator externou o seguinte entendimento:

829 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Extradição n. 688/Itália. Relator o Ministro Celso de Mello. Julgada em 9.10.1996.

830 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Extradição n. 871/Grécia. Relator o Ministro Carlos Velloso. Julgada em 17.12.2003.

831 Böse (2019, p. 21) informa que também na União Europeia o reconhecimento da eficácia horizontal da vedação à dupla persecução passou da Convenção Europeia de Extradição (1957) para a Convenção Europeia sobre a Validade Internacional dos Julgamentos Penais (1970), para a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (1985) e para a Convenção sobre o Dobro do Risco (1987).

832 Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 5º. (...) LI: “Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”. No caso em tela, tratando-se de crime de estupro, não incidiu a ressalva constante da parte final do dispositivo.

“(...) A QUESTÃO DO DOUBLE JEOPARDY COMO INSUPERÁVEL OBSTÁCULO À INSTAURAÇÃO DA PERSECUTIO CRIMINIS, NO BRASIL, CONTRA SENTENCIADO (CONDENADO OU ABSOLVIDO) NO EXTERIOR PELO MESMO FATO

• PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS - OBSERVÂNCIA DO POSTULADO QUE VEDA O BIS IN IDEM.

• Ninguém pode expor-se, em tema de liberdade individual, a situação de duplo risco. Essa é a razão pela qual a existência de hipótese configuradora de double jeopardy atua como insuperável obstáculo à instauração, em nosso País, de procedimento penal contra o agente que tenha sido condenado ou absolvido, no Brasil ou no exterior, pelo mesmo fato delituoso.

• A cláusula do Artigo 14, n. 7, inscrita no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, qualquer que seja a natureza jurídica que se lhe atribua (a de instrumento normativo impregnado de caráter suprallegal ou a de ato revestido de índole constitucional), inibe, em decorrência de sua própria superioridade hierárquico-normativa, a possibilidade de o Brasil instaurar, contra quem já foi absolvido ou condenado no exterior, com trânsito em julgado, nova persecução penal motivada pelos mesmos fatos subjacentes à sentença penal estrangeira (...).”

O caso julgado naquela extradição, contudo, não apresenta qualquer similitude com a situação versada no *Habeas Corpus* n. 171.118.

Naquela extradição se tinha crime (de estupro) cometido por brasileiro (naturalizado) no exterior, quer dizer, crime praticado fora do país.

A infração foi posterior à naturalização. Negou-se, então, a extradição do condenado, e foi declarado “*obiter dictum*” que a instauração de novo processo no Brasil, pelo mesmo crime, não seria possível.

Tratando-se de mero “*obiter dictum*”, que não constituiu a essência do julgamento e sequer teve a adesão expressa (posto que nem mesmo foi objeto de deliberação) dos demais Ministros, não tem essa parte do julgado densidade ontológica suficiente para ser considerada como um precedente do Supremo Tribunal Federal⁸³³.

833 De se notar, inclusive, que um entendimento assim, se adotado, seria contrário à jurisprudência consolidada do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que aplica o postulado universal “*aut dedere aut judicare*”: “EXTRADIÇÃO. ACUSAÇÃO DE CRIME DE HOMICÍDIO EM OCASIÃO DE ROUBO. COMPROVAÇÃO DE QUE O EXTRADITANDO É BRASILEIRO. PEDIDO PREJUDICADO. APLICAÇÃO DO AFORISMO DO ‘AUT DEDERE AUT JUDICARE’. Estando impossibilitado de atender ao pedido de cooperação internacional, deve o Brasil, nesses casos, assumir a obrigação de proceder contra o extraditando de modo a evitar a impunidade do nacional que delinqüiu alhures. Extradição indeferida” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Extradição n. 916/Argentina. Relator o Ministro Ayres Britto. Julgada em 19.5.2005). No mesmo sentido: Plenário. Questão de Ordem na Extradição n. 1.010/Alemanha, Relator o Ministro Joaquim Barbosa. Julgada em 24.5.2005. A doutrina também se orienta nessa linha: “O brasileiro não extraditado deve responder perante a Justiça brasileira pelo crime cometido no estrangeiro, nos termos do disposto no inc. II do art. 7.º do CP e observadas as condições estabelecidas nas alíneas do § 2.º do mesmo artigo. A sistemática funda-se na necessidade de evitar a impunidade do nacional que delinqüiu alhures, pois, se ele não pode ser extraditado, em virtude de sua qualidade de brasileiro, imprescindível se faz o processo e julgamento no Brasil, para que o delito não permaneça sem punição” (GOMES, 1990, p. 50). No mesmo sentido: LISBOA, 2001, pp. 152-153.

18. DELIMITAÇÃO DA TESE FIRMADA PELA SEGUNDA TURMA DO STF

Apesar dos Julgadores⁸³⁴ não o terem feito expressamente, pode-se extrair da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n. 171.118 uma tese jurídica segundo a qual:

“É vedado ao Estado brasileiro instaurar persecução penal fundada nos mesmos fatos de ação penal já transitada em julgado sob a jurisdição de outro Estado.

Se houver a devida comprovação de que o julgamento em outro país sobre os mesmos fatos não se realizou de modo justo e legítimo, desrespeitando obrigações processuais positivas, a vedação de dupla persecução pode ser eventualmente ponderada para complementação em persecução interna”.

Considerou a Segunda Turma do Tribunal que a vedação à dupla persecução, mesmo em jurisdições nacionais diversas (aplicação transnacional ou internacional da regra de bloqueio ou exclusão total) não afronta a soberania nacional.

A ressalva adotada no julgamento acolhe a ideia segundo a qual o princípio *ne bis in idem* não é uma garantia absoluta. O dever positivo de investigar, processar e punir violações graves dos direitos humanos (que incluem crimes internacionais fundamentais) podem afastar a aplicação da garantia, em casos de julgamentos insuficientes ou fraudulentos, punições simbólicas, entre outros.

Note-se que esse entendimento está muito alinhado com a abordagem das normas que regulam os tribunais penais internacionais. Embora o artigo 10 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Jugoslávia ou Iugoslávia (TPIJ ou TPPII) e o artigo 20 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) reconheçam que o princípio *ne bis in idem* deve ser aplicado no jurisdição dos tribunais penais nacionais e internacionais, os dois tribunais penais internacionais podem ativar sua jurisdição, mesmo no caso de sentenças nacionais finais, se o processo judicial nacional não tiver sido imparcial ou independente, tiver sido projetado para proteger o acusado de responsabilidade criminal internacional ou o caso não tiver sido diligentemente processado.

Essa ressalva, concretamente, ameniza os problemas de ordem prática listados por De La Cuesta (2002, p. 679):

“Existem garantias contra o abuso de direitos, como o que pode derivar do fato de que o processo no exterior tenha sido um ‘processo aparente’ para desencadear em outros estados um efeito bloqueador (como trata de assegurar, por exemplo, o art. 10, 2 Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia)?

Existem exceções para ne bis in idem e para o benefício de um novo processo criminal, por exemplo, no caso de aparecimento de novas provas em desfavor do sujeito?”

834 Participaram da sessão de julgamento, como membros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, a Senhora Ministra Cármen Lúcia (Presidente) e os Senhores Ministros Gilmar Mendes (Relator), Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Edson Fachin.

Questão ainda em aberto, pois com a ressalva adotada não se resolve, diz respeito ao problema de eventuais acordos de não-persecução penal eventualmente firmados no exterior, que bloqueariam a atuação da justiça nacional⁸³⁵.

19. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOS ARTS. 5º E 8º. DO CÓDIGO PENAL

O Relator do *Habeas Corpus* n. 171.118, Ministro Gilmar Mendes, bem registrou que, naquele julgamento, estava o Supremo Tribunal Federal assentando:

“(...) a melhor interpretação sobre o conteúdo dessas normas do Código Penal (artigos 5º e 8º), a partir da leitura sistemática do próprio Código e, especialmente, em conformidade com os direitos assegurados pela Constituição brasileira e, em âmbito convencional, pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos”.

Nesse sentido, a tese firmada pela Segunda Turma da Suprema Corte no julgamento do *Habeas Corpus* n. 171.118 nitidamente promove uma interpretação dos arts. 5º e 8º conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, como fruto de típica atividade jurisdicional de controle de convencionalidade.

Conforme leciona Mazzuoli (2009, p. 131):

“É alentador perceber o avanço da jurisprudência brasileira no que tange à aplicação do diálogo das fontes e do princípio internacional pro homine. Tudo isto somado nos leva a concluir que a recente jurisprudência brasileira dá mostras de que já aceita as soluções pós-modernas para o problema das antinomias entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno. Dá mostras, também, de que tais problemas devem ser encarados não como uma via de mão única, mas como uma rota de várias vias possíveis.”

Tal como ocorre na “interpretação conforme a constituição”⁸³⁶, a interpretação de uma norma legal frente a um dispositivo supralegal (ou convencional) pode acarretar três resultados:

835 O Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (*Court of Justice of the European Communities*) já decidiu que o acordo celebrado entre o acusado e o representante do Ministério Público impede a persecução penal também em outro país, interpretando o artigo 54º. da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen – CAAS, de 14 de Junho de 1985: Casos C-187/01 e C-385/01 *Gözütok and Brügge* [2003], ECR I-1345, parágrafo n. 40.

836 A respeito da interpretação conforme a constituição, a definição de Bonavides é amplamente adotada na doutrina brasileira: *“(...) Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto [a interpretação conforme a constituição], há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada ‘conforme a Constituição’, será portanto considerada constitucional”* (BONAVIDES, 2004, p. 474. Cf., no mesmo sentido, MENDES, 2014, p. 268; BARROSO, 2013, p. 175; CANOTILHO, 2003, p. 1099). Em síntese: *“quando há mais de uma interpretação possível para um dispositivo legal, deve ser dada preferência àquela que seja conforme a constituição”* (SILVA, 2006, p. 192). Trata-se de uma técnica de decisão intermediária, adotada pelo Supremo Tribunal Federal mesmo a despeito do dogma da nulidade das leis inconstitucionais. Por meio desse tipo de técnica, o Tribunal *“produz comandos que se colocam entre a declaração de inconstitucionalidade, com a nulidade da norma, e o reconhecimento da constitucionalidade da lei”*, procurando com isso *“conservar o ato normativo impugnado ou minimizar os impactos adversos que decorreriam do reconhecimento da sua nulidade plena”* (BARROSO e MELLO, 2019, p. 300).

- a. Mero esclarecimento de significado: Procede-se à leitura da norma legal da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins convencionais a ela subjacentes. Nessa primeira hipótese, o intérprete ajusta o significado do dispositivo, a fim de torná-lo compatível com a Convenção, desde que dentro dos limites do texto.
- b. Não incidência da norma: Declara-se que a norma legal não incide a uma determinada situação de fato, cujas particularidades, em concreto, a tornem incompatível com a Convenção.
- c. Nulidade parcial sem redução de texto: Ao mesmo tempo em que o intérprete define o significado da norma que é compatível com a Convenção, ele declara a exclusão de uma interpretação que viola seus dispositivos. Aqui, além de fixar um significado válido, afasta-se um outro sentido que a norma poderia produzir.

Quando se utiliza a técnica da “interpretação conforme”, almeja-se dar ao dispositivo legal questionado, sob o pretexto de respeitar o legislador e evitar a declaração total de nulidade, uma interpretação que seja compatível com as normas supralegis.

Conforme o magistério de Silva (2006, p. 203):

“O tribunal, na verdade, dá a sua interpretação ao dispositivo para compatibilizá-lo com aquilo que o próprio tribunal, e ninguém mais, acha que é constitucional. Essa é, no âmbito do controle de constitucionalidade, exatamente a tarefa do tribunal: interpretar um dispositivo questionado e verificar se ele é compatível com a interpretação que o mesmo tribunal faz da constituição”.

A “interpretação conforme”, sendo uma técnica de decisão meramente interpretativa, simplesmente

“(...) atribui ou afasta um significado ou uma incidência que poderia ser extraída do programa normativo da lei, tal como positivado pelo legislador. Nesse caso, o intérprete determina, entre as interpretações possíveis, a que melhor efetiva o disposto na Constituição, ou suprime significados inconstitucionais” (BARROSO e MELLO, 2019, p. 301).

Ou seja: ela define o sentido da norma com base em uma interpretação que poderia ser extraída de seu enunciado normativo.

Pois bem. Temos que o Supremo Tribunal Federal, em atividade jurisdicional de controle de convencionalidade, adotando como parâmetro dessa atividade o art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos, fixou o entendimento de que os arts. 5º. e 8º. Do Código Penal não se aplicam (“não incidência da norma”) quando já houver uma ação penal transitada em julgado sob a jurisdição de outro Estado, declarando assim a proibição de o Estado brasileiro instaurar persecução penal fundada nos mesmos fatos que embasaram o processo no exterior.

20. APLICAÇÃO DA TESE AOS OUTROS CASOS DE CONCORRÊNCIA TRANSNACIONAL HORIZONTAL

A decisão proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n. 171.118, como visto, tratou de um caso concreto de crime (transnacional) cometido no Brasil e já julgado no estrangeiro (*idem factum*), com sentença condenatória transitada em julgado (e já executada).

Concretamente, não indicou o Supremo Tribunal Federal possa o mesmo entendimento ser também aplicado aos demais casos de concorrência transnacional horizontal.

Contudo, não existe razão jurídica para deixar de aplicar o mesmo entendimento nos casos de crimes cometidos no Brasil (sendo caso de extraterritorialidade da lei estrangeira) e de crimes cometidos no estrangeiro (sendo caso de extraterritorialidade incondicionada da lei nacional)⁸³⁷.

Mas o efeito de bloqueio apenas opera quando já houver sentença transitada em julgado a respeito dos fatos, tal como expressamente previsto nos atos convencionais.

Não importa, entretanto, que seja sentença condenatória (como no caso concreto julgado pelo Supremo Tribunal Federal) ou absolutória⁸³⁸.

Com isso, nos casos de concorrência horizontal transnacional, passa-se a reconhecer o efeito de bloqueio do princípio do *ne bis in idem* sempre que houver sentença estrangeira transitada em julgado, vedando-se assim a dupla persecução penal.

21. EFEITOS SISTÊMICOS DA APLICAÇÃO DO NOVO ENTENDIMENTO

Atualmente, as sentenças penais estrangeiras são suscetíveis de execução no Brasil por meio de dois institutos: a transferência de execução da pena e a transferência de presos.

Antes da entrada em vigor do atual Código Penal brasileiro, em 1º.1.1942, nem mesmo para fins civis a sentença penal estrangeira podia ser homologada no Brasil⁸³⁹.

Com a entrada em vigor do Código Penal, o ordenamento positivo brasileiro pas-

837 Trata-se, aqui, de reconhecer a incompatibilidade do parágrafo primeiro do art. 7º do Código Penal (“*Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro*”) com as normas convencionais que albergam a garantia da vedação à dupla persecução penal (aspecto processual do princípio do *ne bis in idem*).

838 Conforme leciona Pérez Manzano (2002, p. 60), a dimensão processual do princípio do *ne bis in idem* importa no estabelecimento de prioridade cronológica entre os processos, conferindo-se, assim, prevalência à primeira decisão, independentemente de qual seja a sua natureza. Desse modo, é a primeira decisão definitiva proferida contra o acusado – não importando qual seu conteúdo – que lhe assegura o direito de não ser submetido novamente a outro processo pelos mesmos fatos.

839 A doutrina da época lecionava que “*é princípio geralmente reconhecido que as sentenças criminais estrangeiras não têm nem devem ter efeitos fora de seus respectivos territórios. Os governos não demandam nem autorizam precatórias para sua execução (...). Tais julgados são puramente territoriais, não vigoram senão dentro das fronteiras do país*” (BUENO, 1863, p. 184). Embora insuscetíveis de homologação, as sentenças penais estrangeiras constituíam “*fatos de existência irrecusável*” (BEVILAQUA, 1938, p. 447), já que, mediante ação civil ajuizável perante o Poder Judiciário nacional, era lícito à parte demandante exigir o pagamento da indenização “*ex delicto*”. É desnecessário reproduzir a observação que, embora a sentença criminal estrangeira não tenha efeitos no Brasil, isso não obsta a ação civil que os Estados ou súditos estrangeiros podem intentar contra os indivíduos habitantes no império para haver o dano por eles causado, ou resultante de seus delitos” (BUENO, 1863, pp. 184-185).

sou a admitir, em caráter excepcional e de modo restrito, a possibilidade de homologação de sentença penal condenatória estrangeira, desde que tivesse por estrita finalidade obrigar o condenado à reparação civil “ex delicto” ou sujeitá-lo, quando inimputável ou semi-imputável, à execução de medida de segurança^{840 841}.

Deste modo, as sentenças penais estrangeiras constituíam, em regra, atos estatais inexecutáveis em território brasileiro. As sanções penais nelas impostas não podiam ser executadas no Brasil, admitindo-se sua homologação apenas para obrigar o condenado à reparação civil “ex delicto” ou sujeitá-lo, quando inimputável ou semi-imputável, à execução de medida de segurança⁸⁴².

Esse cenário sofreu uma primeira alteração com a celebração de tratados e convenções internacionais prevendo a possibilidade do Brasil receber um condenado no exterior para cumprimento de pena no país.

Trata-se do instituto da transferência de pessoas condenadas para cumprimento de pena em estabelecimentos prisionais em seus países de origem. Aplica-se quando um nacional tenha sido condenado e esteja cumprindo pena no exterior, e tem cunho essencialmente humanitário, pois visa à proximidade da família e de seu ambiente social e cultural, o que vem a ser importante apoio psicológico e emocional facilitando sua reabilitação após o cumprimento da pena.

Assim, esse instituto apresenta

“dimensão diferente das demais espécies de cooperação, sendo antes um instituto de promoção de direitos humanos, de inegável cunho humanitário, e, somente em última análise, um instituto de cooperação jurídica internacional em matéria penal” (ABADE, 2013, p. 359, grifos no original).

840 BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Publicado no Diário Oficial da União de 31.12.1940: “Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; II - sujeitá-lo a medida de segurança. **Parágrafo único** - A homologação depende: a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada; b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça”.

841 Desta forma, a homologabilidade da sentença penal estrangeira restringia-se a estas duas finalidades específicas: “As sentenças penais estrangeiras constituem, em regra, atos estatais inexecutáveis em território brasileiro. Isso significa, portanto, que as sanções penais nelas impostas não podem ser executadas no Brasil. Essa ausência de eficácia executiva decorre da circunstância de serem insuscetíveis de homologação, pelo Supremo Tribunal Federal, os atos sentençiais de conteúdo penal emanados de autoridade judiciária estrangeira” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Gabinete da Presidência. Sentença Estrangeira n. 5.705/Estados Unidos da América. Decisão monocrática (Ministro Celso de Mello) proferida em 17.3.1998). Sobreleva notar o caráter essencialmente limitado que as hipóteses legais de homologação das sentenças penais estrangeiras tinham no Brasil: “A sentença penal estrangeira não é reconhecida no Brasil no sentido de que o juiz brasileiro aplicará penas estrangeiras ou dará cumprimento a penas impostas por juiz estrangeiro. Há o reconhecimento parcial para determinados efeitos (...), tendo sua origem e sua eficácia na sentença proferida pela justiça estrangeira” (TENÓRIO, 1945, p. 33).

842 Abade (2013, p. 356-357) leciona que: “Na primeira hipótese, é necessário pedido da parte interessada, que terá que interpor ação de homologação de sentença criminal para fins cíveis, perante o Superior Tribunal de Justiça. Essa ação, de contenciosidade limitada, fará com que o STJ exerça seu juízo de delibação, exigindo o cumprimento dos seguintes requisitos formais: que a sentença estrangeira criminal tenha sido proferida por autoridade competente; que as partes tenham sido citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; ter transitado em julgado; e estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil, exceto quando transitar pela Autoridade Central, que assegurará a autenticidade dos documentos. Quanto à análise mínima de mérito, (...) não será homologada sentença estrangeira que ofenda a soberania ou a ordem pública. Já a imposição de medida de segurança criminal dependerá da existência de tratado com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça. Logo, essa segunda hipótese também é especialíssima e com registro nulo nos anais do Judiciário brasileiro” (grifos no original).

Desse modo, passou a ser possível a transferência, para o território brasileiro, de preso que possua a nacionalidade brasileira ou residência habitual, ou vínculo pessoal no território brasileiro, de modo que aqui cumpra o restante da pena imposta no estrangeiro⁸⁴³, sempre a partir de requerimento do condenado⁸⁴⁴.

O primeiro tratado sobre transferência de presos foi celebrado com o Canadá e incorporado internamente somente em 1998.

Desde então, o Brasil já celebrou diversos outros acordos bilaterais, que hoje somam um total de dezessete Tratados de Transferência de Pessoas Condenadas em vigor⁸⁴⁵. Também já foram celebrados quatro acordos multilaterais específicos: Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior (Convenção de Manágua)⁸⁴⁶; Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP)⁸⁴⁷; Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do Mercosul⁸⁴⁸ e Acordo de Transferência de Pessoas Condenadas dos Estados Parte do Mercosul e a República da Bolívia e a República do Chile⁸⁴⁹.

Ainda existem três acordos multilaterais que, subsidiariamente, também trazem a possibilidade de transferência de presos: Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena)⁸⁵⁰; Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)⁸⁵¹ e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida)⁸⁵².

Um segundo momento de transformação do cenário se deu com o instituto da transferência de execução da pena. Trata-se de um mecanismo que possibilita a transfe-

843 Esta hipótese configura a chamada transferência ativa, que ocorre quando a pessoa condenada pela Justiça do Estado estrangeiro solicita ou concorda com a transferência para o Brasil, por possuir a nacionalidade brasileira ou residência habitual, ou vínculo pessoal no território brasileiro, para cumprir o restante da pena. Existe também a chamada transferência passiva, na qual a pessoa condenada pela justiça brasileira solicita ou concorda com a transferência para seu país de nacionalidade ou país em que tenha residência habitual ou vínculo pessoal para cumprir o restante da pena.

844 “Ao contrário das demais espécies cooperacionais, na transferência de presos o consentimento do indivíduo é peça primordial, sem a qual não é possível fazer avançar seu trâmite” (ADABE, 2013, p. 361).

845 Argentina: Decreto n. 3.875, de 23.7.2001; Bélgica: Decreto n. 9.239, de 15.12.2017; Bolívia: Decreto n. 6.128, de 20.6.2007; Canadá: Decreto n. 2.547, de 14.4.1998; Chile: Decreto n. 3.002, de 26.3.1999; Espanha: Decreto n. 2.576, de 30.4.1998; Índia: Decreto n. 9.900, de 8.7.2019; Japão: Decreto n. 8.718, de 25.4.2016; Panamá: Decreto n. 8.050, de 11.7.2013; Paraguai: Decreto n. 4.443, de 28.10.2002; Peru: Decreto n. 5.931, de 13.10.2006; Polônia: Decreto n. 9.749, de 10.4.2019; Reino dos Países Baixos: Decreto n. 7.906 de 4.2.2013; Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte: Decreto n. 4.107, de 28.1.2002; Suriname: Decreto n. 8.813, de 18.7.2016; Turquia: Decreto n. 9.752, de 10.4.2019; e Ucrânia: Decreto n. 9.153, de 6.9.2017.

846 Decreto n. 5.919, de 3.10.2006. Países signatários: Arábia Saudita, Argentina, Belize, Brasil, Canadá, Cazaquistão, Chile, Costa Rica, El Salvador, Equador, Eslováquia, Estados Unidos da América, Guatemala, Índia, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, República Tcheca, Uruguai e Venezuela.

847 Decreto n. 8.049, de 11.7.2013. Países signatários: Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor Leste. Em decorrência dessa convenção foram revogados os acordos bilaterais firmados com Angola (Decreto n. 8.316, de 24.9.2014) e com Portugal (Decreto n. 5.767, de 2.5.2006).

848 Decreto n. 8.315, de 24.9.2014. Países signatários: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

849 Decreto n. 9.566, de 16.11.2018. Países signatários: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai.

850 Decreto n. 154, de 26.6.1991.

851 Decreto n. 5.015, de 12.3.2004.

852 Decreto n. 5.687, de 31.1.2006.

rência da execução da pena de uma pessoa que tenha fugido do país onde foi condenada, para evitar o cumprimento da sentença, para o Estado de sua nacionalidade.

O instituto de Transferência de Execução da Pena possibilita que o Estado que emitiu a condenação possa solicitar ao país para o qual a pessoa se evadiu a transferência da execução da pena, para que esse último assuma a execução da pena.

Nesse caso, não há necessidade do consentimento da pessoa condenada, sendo executada uma medida compulsória para que o condenado no país estrangeiro cumpra a pena no país de sua nacionalidade. Essa medida evita a impunidade de condenados que cometeram crimes no exterior e retornaram aos seus países.

A transferência de execução de penas é um instrumento de cooperação jurídica recente. Foi previsto pela primeira (e única) vez no Brasil no Tratado de Transferência de Pessoas Condenadas e Execução de Penas Impostas por Julgamentos entre a República Federativa do Brasil e o Reino dos Países Baixos⁸⁵³.

A nova Lei de Migração⁸⁵⁴, inovando substancialmente o cenário jurídico brasileiro, trouxe regulamento legal desses dois recentes institutos, elencados, ao lado da extradição, como medidas de cooperação internacional.

Temos, portanto, um cenário atual que possibilita a transferência da execução da pena imposta a brasileiro no exterior (ou a quem tiver residência habitual ou vínculo pessoal no Brasil), desde que a sentença tenha transitado em julgado; a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir seja de, no mínimo, um ano na data da apresentação do pedido ao Estado da condenação; o fato que originou a condenação constitua infração penal perante a lei de ambas as partes; e a transferência seja baseada em tratado ou promessa de reciprocidade de tratamento.

Com isso, ficam significativamente reduzidos os efeitos sistêmicos indesejados que a aplicação da vedação à dupla persecução transnacional poderia acarretar.

É que, sem o instituto da transferência de execução da pena, um brasileiro condenado no exterior que voltasse para o Brasil sem cumprir a pena poderia ficar impune como uma consequência indesejada da aplicação transnacional da vedação à dupla persecução. Mas, com a possibilidade de transferência da execução da pena imposta a brasileiro no exterior, esse efeito indesejado agora pode ocorrer apenas em limitadas situações.

853 Decreto n. 7.906, de 4.2.2013.

854 BRASIL, Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Publicada no Diário Oficial da União de 25.5.2017. A transferência de execução da pena está regulada nos arts. 100 a 102, e a transferência de pessoa condenada nos arts. 103 a 105. O regulamento foi dado pelo Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017, publicado no DOU de 21.11.2017, tratando da transferência de execução da pena nos arts. 281 a 284, e a transferência de pessoa condenada nos arts. 285 a 299. Os procedimentos a serem adotados em relação à tramitação dos pedidos ativos e passivos de transferência de pessoas condenadas, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, constam ainda da Portaria n. 89, de 14 de fevereiro de 2018.

22. CONCLUSÃO

O princípio *ne bis in idem* é um princípio geral do direito penal cuja presença (implícita) é reconhecida até mesmo no texto constitucional brasileiro.

Também foi estabelecido como garantia individual em instrumentos internacionais de direitos humanos.

O princípio *ne bis in idem* foi historicamente elaborado como um princípio que só se aplica nacionalmente e se limita à justiça criminal.

No que diz respeito à substância do princípio, deve ser feita uma distinção entre *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (ninguém deve ter que enfrentar mais de uma acusação pela mesma ofensa) e *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (ninguém deve ser punido duas vezes por uma mesma ofensa), que constituem as duas dimensões da garantia: processual e material.

Tradicionalmente, o princípio *ne bis in idem*, em sua dimensão processual (“bloqueio” ou vedação ao duplo risco)⁸⁵⁵, é reconhecido pelos diversos Estados – inclusive pelo Brasil – para aplicação somente dentro de sua própria ordem jurídica interna.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal adotou, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 171.118, entendimento que deu interpretação ao Código Penal (arts. 5º e 8º) conforme a garantia (ampliada) do *ne bis in idem* assegurada no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14.7) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.4).

Desse modo, a partir desta nova concepção (aplicação horizontal da garantia internacional em sua dimensão processual), tem-se agora que, na concorrência de diferentes jurisdições nacionais, ou seja, quando mais de um país é competente para processar e julgar uma mesma infração penal (“concorrência horizontal transnacional”), existindo sentença (absolutória ou condenatória) já transitada em julgado, a proteção conferida pelo *ne bis in idem* opera no plano processual, vedando a atuação da jurisdição nacional e fechando o caminho para qualquer novo processo (efeito negativo, bloqueio ou vedação ao duplo risco).

Ou seja: reconheceu o Supremo Tribunal Federal, pela vez primeira, uma dimensão transnacional da vedação à dupla persecução penal (aspecto processual da garantia do *ne bis in idem*).

Tal entendimento opera o traslado da garantia processual do *ne bis in idem* do rol de princípios do direito penal interno para uma verdadeira garantia universal, e revela a adoção, pela Corte Constitucional brasileira, de uma dimensão internacionalizada do direito processual penal, em conformidade com as modernas exigências que os tempos contemporâneos impõem à administração da Justiça.

⁸⁵⁵ Lembre-se aqui que o Código Penal brasileiro prevê, expressamente, a dimensão material da garantia do *ne bis in idem* em seu art. 8º: “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

Com isso, está aberto o caminho para que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, utilizando o desenvolvimento do conteúdo da garantia operado pelo Tribunal brasileiro (interação institucional), possa rever a abrangência que ela própria atribui ao *ne bis in idem*.

Ou seja: parece-nos possível que se possa atribuir aplicação, também no caso de concorrência transnacional horizontal, às previsões sobre *ne bis in idem* (em seu aspecto processual: vedação à dupla persecução) – ou *double jeopardy* (“duplo risco”) – contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.4), que assim passariam a ser reconhecidas como normas internacionais a limitar a jurisdição dos países signatários sempre que já houver, internamente ou em outro país, sentença penal definitiva sobre os mesmos fatos (dimensão horizontal da garantia internacional).

BIBLIOGRAFIA

ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

ADLER, Adam J. *Dual Sovereignty, Due Process, and Duplicative Punishment: A New Solution to an Old Problem*. Em: The Yale Law Journal, Vol. 124, N. 2, novembro de 2014, pp. 248-575.

BAAUW, Peter. *Ne bis in idem*. Em: SWART, Bert; KLIP, André (eds.). *International Criminal Law in the Netherlands*. Freiburg im Breisgau: Edition Iuscrim, 1997, pp. 75-84.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O papel criativo dos Tribunais: técnicas de decisão em controle de constitucionalidade*. Em: Revista da AJURIS. Porto Alegre, v. 46, n. 146, Junho de 2019, pp. 295-334.

BECCARIA, Cesare Bonesana (Marchesi di). *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª. ed. rev., 2ª. tiragem São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BEVILAQUA, Clovis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora, 1938.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BÖSE, Martin. *The transnational dimension of the ne bis in idem principle and the notion of res judicata in the European Union*. Em: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 162, Dezembro de 2019, pp. 19-44.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito internacional privado: aplicação de seus princípios com referência as leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C, 1863.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONWAY, Gerard. *Ne bis in idem in International Law*. Em: International Criminal Law Review, Vol. 3, N. 3, 2003, pp. 217-244, 2003.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CRYER, Robert et al. *An introduction to International Criminal Law and Procedure*. 2ª. Ed. Reino Unido: Cambridge University Press, 2010.

DE LA CUESTA, José Luis. *Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ‘ne bis in idem’: Rapport général*. Em: *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Érès, 73.º ano 3.º e 4.º trimestre, 2002, Vol. 73, pp. 673-705.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GOMES, Maurício Augusto. *Aspectos da extradição no Direito brasileiro*. Em: *Justitia*, Vol. 52, out./dez. 1990, pp. 40-51.

GRIONVER, Ada Pellegrini. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O princípio do ne bis in idem no Direito Penal Internacional*. Em: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, n. 4 e Ano V, n. 5, 2003-2004, pp. 91-122.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *A relação extradicional no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAIA, Rodolfo Tigre. *O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988*. Em: *Boletim Científico*, Brasília, ano. 4, n. 16, jul./ set. 2005, pp. 11-75.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. Em: *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 181, jan./mar. 2009, p. 113-133.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTOYA RAMOS, Isabel. *El principio ne bis in idem a luz de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Em: *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*. Tomo II. Coord.: Mac-Gregor, Eduardo Ferrer et al. México: Unam, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 8ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*. Tomo II. Madrid: CSIC/Instituto Francisco Vitoria, 1957.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial*. Em: *Revista Direito GV*, Vol. 2, n. 1, jan-jun 2006, pp. 191-210.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Tomo I. Buenos Aires: El Ateneo, 1940.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

SPINELLIS, Dionysios. *Global report the ne bis in idem principle in "global" instruments*. Em: *Revue internationale de droit penal*. Toulouse: Érès, 73.º ano 3.º e 4.º trimestre, 2002, Vol. 73, pp. 1149-1162.

TENÓRIO, Oscar. *Efeitos da Sentença Penal Estrangeira no Brasil*. Em: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vol. 16, n. 31/32, jan./dez. 1960, pp. 27-39.

VERVAELE, John A. E. *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?* Em: *Utrecht Law Review*, 9(4), 2013, pp.211–229.

_____. *The transnational ne bis in idem principle in the EU: mutual recognition and equivalent protection of human rights*. *Utrecht Law Review*, 1(2), 2005, pp.100–118.

A CRIAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS E A REPARTIÇÃO SUCESSIVA DA COMPETÊNCIA JUDICIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Paulo Mario Canabarro Trois Neto

Andréa Regina De Moraes Benedetti

RESUMO: Este artigo estuda a reforma processual introduzida pela Lei nº 13.924/2019, com a criação da figura do juiz de garantias. Para tanto, investiga a proteção da imparcialidade por tribunais internacionais de direitos humanos, sua importância para o sistema acusatório e o possível papel da divisão interna das competências penais para ampliar as garantias de um julgamento imparcial. Posteriormente, dedica-se à análise dos argumentos favoráveis à criação do juiz de garantias e à consequente supressão da prevenção como critério definidor do juiz competente para julgar a ação penal como uma forma de redução dos riscos de vieses cognitivos na sentença. Na sequência, identifica os possíveis custos, dificuldades e objeções às inovações legislativas, analisando os riscos de efeitos indesejáveis na prática judicial e na proteção de outros direitos humanos. Por fim, estuda meios para obter maximização de benefícios e minimização de prejuízos com a introdução do juiz de garantias e propõe uma interpretação que permitiria a efetividade ótima dos direitos colidentes na resolução de problemas de direito intertemporal na aplicação da Lei nº 13.924/2019. Emprega o método hipotético-dedutivo, com procedimento bibliográfico. Conclui que para que se possa ampliar e dar efetividade prática à imparcialidade judicial, parece desejável, além de diferenciar quem julga de quem acusa, instituir instrumentos complementares que possam propiciar, tanto quanto possível, as melhores condições para uma sentença de acordo com o justo processo.

PALAVRAS-CHAVE: Juiz de garantias. Imparcialidade. Benefícios. Prejuízos. CADH.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Precisamos de juiz de garantias? A situação da proteção da imparcialidade judicial no Brasil e as promessas do novo instituto; 3. A introdução do juiz de garantias como mecanismo para mitigação de riscos à imparcialidade; 4. Possíveis custos, dificuldades e objeções à implementação do novo instituto; 4.1. Riscos de efeitos indesejáveis no convencimento judicial; 4.2. Riscos de efeitos indesejáveis referentes à aplicação em processos em curso; 5. Propostas para interpretação e aplicação das normas relativas à introdução do juiz de garantias; 5.1. Maximização das condições de decisão e minoração de possíveis vieses indesejáveis; 5.2. Interpretação adequada à efetividade ótima entre ampliação dos controles de imparcialidade e proteção do juiz natural e da segurança jurídica; 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.924/2019, introduziu, entre outras alterações resultantes das negociações para aprovação do chamado “Pacote Anticrime”, importante reforma processual notabilizada pela criação da figura do juiz de garantias e pela consequente divisão das funções judiciais a serem exercidas conforme as fases da persecução penal. Com a introdução dos arts. 3º-A a 3º-F ao Código de Processo Penal (CPP), ao juiz de garantias atribui-se a responsabilidade pelo controle da legalidade da investigação criminal e do tratamento dos presos a ela vinculados e pela autorização de medidas incidentais interventivas em direitos individuais, competindo-lhe decidir, por exemplo, sobre a adoção de meios de obtenção de prova, aplicação de medidas cautelares pessoais e reais, recebimento da denúncia e outras questões a serem conhecidas na fase investigativa ou no início da fase judicial. Ao juiz de instrução e julgamento, a quem o processo deve ser remetido caso o juiz de garantias não absolva o réu sumariamente, caberá apreciar questões pendentes, reexaminar medidas cautelares, presidir a instrução processual e os debates e prolatar a sentença.

Apoiada pela doutrina, sob inspiração de experiências estrangeiras de sucesso, mas editada mediante previsão de breve prazo de *vacatio legis* e sem regras de transição, com possível aplicabilidade a processos em andamento, a criação do juiz de garantias veio a lume em um ambiente de polarização política que transbordou para o debate sobre garantias penais e eficiência na persecução ao crime. Discursos inflamados foram bradados, seja para defendê-la como medida necessária para cessar alegadas perseguições políticas da justiça penal, seja para repudiá-la como suposta manobra legislativa visando frear condenações de poderosos.

Nesse contexto, associações de magistrados ajuizaram no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.298/DF, em que se contesta a compatibilidade das novas normas processuais com a Constituição brasileira. Houve, inicialmente, deferimento parcial de medida liminar em plantão, pelo Ministro Dias Toffoli, para suspender por 180 (cento e oitenta dias) a vigência das disposições relativas à criação do juiz de garantias. Em posterior decisão do relator da ação no tribunal, Ministro Luiz Fux, os efeitos dessa suspensão foram ampliados até o julgamento do tema em plenário, com sinalização de que, dado o impacto e o caráter polêmico da reforma, a matéria será objeto de audiências públicas antes de submetida a apreciação definitiva. O assunto, portanto, permanece na ordem do dia.

Buscando o máximo afastamento possível das paixões políticas momentâneas que rondam o tema, o presente estudo analisa a introdução do juiz de garantias como mecanismo de ampliação do controle da imparcialidade judicial no quadro dos deveres de proteção aos direitos humanos, analisar os benefícios e os riscos esperados de sua implementação, bem como investigar possibilidades interpretativas que permitam uma efe-

tividade ótima do controle da imparcialidade judicial. Assim, em que pese a força propulsora da política para viabilizar ou frear qualquer inovação jurídica, o presente artigo não tenciona buscar uma *explicação* dos movimentos e interesses que levaram à criação do juiz de garantias, limitando-se a investigar e propor uma possível *justificação* do novo instituto, sob a ótica do compromisso do Estado brasileiro de concretização dos direitos humanos previstos na (Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)), dentro das possibilidades fáticas e jurídicas que sua realidade institucional propicia.

Para tanto, a primeira seção investiga a proteção da imparcialidade por tribunais internacionais de direitos humanos, sua importância para o sistema acusatório e o possível papel da divisão interna das competências penais para ampliar as garantias de um julgamento imparcial. A segunda seção é dedicada à análise dos argumentos favoráveis à criação do juiz de garantias e à consequente supressão da prevenção como critério definidor do juiz competente para julgar a ação penal como uma forma de redução dos riscos de vieses cognitivos na sentença. A terceira seção, por sua vez, trata de identificar possíveis custos, dificuldades e objeções às inovações legislativas, analisando os riscos de efeitos indesejáveis na prática judicial e na proteção de outros direitos humanos. A quarta seção, por fim, estuda meios para obter maximização de benefícios e minimização de prejuízos a introdução do juiz de garantias e propõe uma interpretação que permitiria a efetividade ótima dos direitos colidentes na resolução de problemas de direito intertemporal na aplicação da Lei nº 13.924/2019.

2. PRECISAMOS DE JUIZ DE GARANTIAS? A SITUAÇÃO DA PROTEÇÃO DA IMPARCIALIDADE JUDICIAL NO BRASIL E AS PROMESSAS DO NOVO INSTITUTO.

O reconhecimento da imparcialidade judicial como direito humano a ser respeitado e promovido pelos países signatários da CADH¹ impulsionou reformas processuais penais nos países latino-americanos, notadamente a partir dos anos noventa do século passado, que se destacavam pela criação do chamado do juiz de garantias. Esse movimento reformista caracterizou-se, em linhas gerais, pelo abandono de mecanismos próprios dos sistemas inquisitoriais, substituídos por um modelo fundado na diversidade dos juízos atuantes na fase investigativa e na fase propriamente processual. Com isso se buscava aprimorar o controle da legalidade da investigação, de responsabilidade do juiz de garantias, bem como viabilizar um julgamento final mais imparcial, de competência de um órgão judicial não atuante na fase investigativa.

Diferentemente do que ocorria nos países de colonização espanhola, na tradição brasileira a investigação preliminar não é presidida por órgão jurisdicional, e sim por delegado de polícia, por meio de inquérito policial. O alvo mais visível das reformas latino-americanas, que representava o maior entrave à asseguuração de um julgamento

imparcial, era a figura do juiz instrutor, que atuava na fase investigativa com poderes de buscar provas (MAIER; AMBOS; WOISCHNIK, 2000; REALE, 2011, p. 105). Entendeu-se que aquele que esteve encarregado dessas atribuições não deveria ter o poder de decidir sobre a suficiência dessas provas para uma condenação. A inspiração vinha de precedentes estabelecidos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), cuja compreensão sobre a extensão do conceito de imparcialidade judicial teve notável influência no sistema americano de proteção de direitos humanos.

Em *Piersack c. Bélgica* (1982)¹ e *De Cubber c. Bélgica* (1987)² reconheceu-se a ausência de aparência de imparcialidade de juízes que condenaram o réu em casos nos quais havia atuado, respectivamente, como promotor e juiz instrutor. A fundamentação adotada em tais julgados contribuiu para desenvolvimentos da doutrina brasileira, na linha da europeia e latino-americana, sobre a uma nova “estética da imparcialidade judicial”, que deveria abranger também a aparência de isenção do órgão julgador. Mas não se pode sustentar, com base nos fundamentos determinantes na solução dos casos *Piersack* e *De Cubber*, que a legislação brasileira violava a proteção da imparcialidade judicial: no primeiro caso, a transposição pura e simples do precedente seria inútil, pois nossa legislação já previa a mesma solução; no segundo, seria de difícil aplicação, já que aqui não existe nem existia a figura do juiz instrutor.

Em *Hauschildt c. Dinamarca* (1989)³, o TEDH considerou que a violação da imparcialidade do julgador não estava propriamente na sua atuação pré-processual, e sim no conteúdo das decisões proferidas em tal fase, reconhecendo a contaminação de juiz que havia, em sucessivas confirmações de prisão preventiva, formado um convencimento definitivo sobre a autoria do acusado. Aqui se poderia tomar a situação como possivelmente próxima de experiências vivenciadas no cotidiano dos foros no Brasil, mas é importante registrar a importância dada no julgamento à legislação interna dinamarquesa, que exigia um juízo de “suspeitas confirmadas” sobre o cometimento do crime para o decreto de prisão preventiva, o que naquele país pressupunha que o juiz estivesse definitivamente convencido da responsabilidade do investigado ou acusado. Embora esse julgamento também tenha suscitado proveitosas reflexões para aprimoramento do sistema processual brasileiro, não há em nosso país *standard* probatório tão exigente para a imposição de uma prisão processual como o apreciado pelo TEDH na condenação à Dinamarca.

Mauro Fonseca Andrade (2011), destaca ainda outros precedentes do TEDH, como *Sainte-Marie c. França* (1992)⁴, *Fey c. Áustria* (1993)⁵, *Padovani c. Itália* (1993)⁶ e *Northier c. Países Baixos* (1993)⁷, em que a análise das situações identificadas e as razões adotadas nos respectivos julgamentos não autorizariam a consideração de que o arcabouço normativo brasileiro anterior à Lei nº 13.924/2019 violaria o direito à imparcialidade judicial sob a ótica do dever de proteção dos direitos humanos.

De fato, a adoção inequívoca do modelo acusatório a partir da Constituição de 1988, associada à significativa ampliação das garantias processuais, sujeitas à inafastável controle pelo Poder Judiciário, levaram a inegáveis avanços na proteção dos direitos humanos no âmbito processual penal nas décadas que se seguiram à redemocratização brasileira. Dada a ausência de juizados de instrução, associada a uma razoavelmente exitosa supressão ou mitigação de resquícios inquisitórios do velho Código de Processo Penal por meio da interpretação constitucional, a introdução do juiz de garantias no Brasil pode ser considerada, em vez de uma imperiosa necessidade para proteção de mínimas condições de imparcialidade judicial, um desejável aperfeiçoamento do modelo acusatório mediante adição de mecanismos otimizadores das condições para um julgamento justo.

O reconhecimento da existência de um ambiente institucional relativamente mais favorável no respeito dos direitos humanos não pode significar, porém, impedimento ou desestímulo a que se avance ainda mais. Sempre há *deficits* de proteção que precisam ser identificados, reconhecidos e combatidos, sob pena de paralisia ou retrocesso. Além disso, a dinâmica das necessidades sociais pode suscitar ou exigir reforços e aprimoramentos a garantias já instituídas. Direitos humanos possuem margens móveis, permitindo uma compreensão aberta dos seus respectivos âmbitos normativos (RAMOS, 2012, p. 94). Por isso, os Estados signatários da CADH mantêm uma postura amistosa à ressignificação interpretativa das suas disposições, atentando para a atualização conceitual dos bens protegidos e das intervenções que possam afetar essa proteção. A efetivação dos direitos humanos há de ser objeto de constante aprimoramento.

É sob esse dever de maximização que deve ser analisada a reforma legislativa em comento. Conforme justificativa apresentada no Anteprojeto do novo CPP, e reaproveitada na tramitação legislativa que culminou na edição da Lei nº 13.924/2019, a criação do juiz de garantias, além de possivelmente otimizar a proteção dos direitos humanos na apreciação de medidas interventivas na esfera judicial, pelas vantagens da especialização, visaria “manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação” (BRASIL, 2009, p. 14). A inovação permitiria, por meio de um aprimoramento funcional do sistema acusatório, não mais limitado à separação meramente institucional ou externa, dar um passo adiante na proteção dos direitos humanos no âmbito da persecução penal.

Embora a dicotomia inquisitorialidade-acusatorialidade tenha sido objeto de críticas, em parte em razão de simplificações e distorções provenientes de um brutal desconhecimento de sua origem histórica, em parte pelas atenuações e acomodações de características ocorridas em ambos os sistemas, ainda persiste a utilidade da distinção. No seu cerne está a questão das formas de divisão, exercício e controle recíproco dos poderes dos atores

no caso penal. Com efeito, a característica fundamental do sistema acusatório reside na divisão dos poderes de acusar e julgar entre diferentes órgãos, em contraposição à cumulação de tais poderes, própria do sistema inquisitivo, protagonizada pelo juiz (MAIER, 1989, p. 207; GRINOVER, 1999, p. 16; PRADO, 2005, p. 175).

A cisão das competências judiciais promovida pela Lei nº 13.924/2019, na esteira da tendência mundial, estabelece uma separação de poderes não mais restrita à diversidade institucional ou externa dos papéis processuais (Estado-acusação e Estado-juiz), pois agora se estenderia ao plano interno do Estado-juiz, mediante subdivisão das atribuições judiciais entre diferentes órgãos (juiz de garantias e juiz de instrução e julgamento). Apesar da ênfase dada pela doutrina à criação do *juiz de garantias*, o que realmente se espera é o oferecimento de melhores condições para uma cognição adequada por parte do *juiz da instrução e julgamento* (MORAES, 2010, p. 21), de forma a otimizar a proteção à imparcialidade que ocupa posição central no processo acusatório.

Tradicionalmente, a imparcialidade requer do juiz três características básicas: a) terceiridade, que diz respeito à sua condição de quem não é parte no litígio; b) equidistância, entendida como a ausência de interesse no objeto do processo; c) e impessoalidade, conceituada como a igualdade no tratamento das partes e a objetividade dos critérios de decisão adotados. Juiz imparcial, portanto, é aquele que não tem intenção ou predisposição de usar o poder jurisdicional de que está investido para beneficiar ou prejudicar um dos litigantes. Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) firmou entendimento de que, para ser imparcial, o juiz não deve ter interesse direto, posição tomada ou preferência por uma das partes, bem como não pode estar envolvido na controvérsia (*Palamara Iribarne c. Chile*, 2005)⁸.

De acordo com uma conhecida categorização, criada e desenvolvida pelo TEDH e acolhida pela CIDH, a imparcialidade pode ser considerada subjetiva e objetivamente. Pelo aspecto subjetivo, tratar-se-ia de “averiguar a convicção pessoal de um juiz no caso concreto”; pelo objetivo, de constatar se ele “pode fornecer suficientes garantias para excluir qualquer dúvida razoável a esse respeito”. Essas formulações carecem de aperfeiçoamento para que não gerem confusão conceitual. Primeiro, porque nenhum ordenamento jurídico dispõe ou poderia dispor de meios para investigar “a convicção pessoal” do juiz, já que os processos internos do convencimento judicial são incessíveis. O afastamento do magistrado em razão da presença de uma causa de suspeição ou impedimento não implica afirmar cabalmente que foi reconhecida a sua imparcialidade, senão que havia uma suspeita fundada de que tal juiz atuasse no processo parcialmente (MONTERO AROCA, p. 788). Segundo, porque, conseqüentemente, embora o juiz possa se dar por suspeito por motivo de foro íntimo, as hipóteses de *recusa* do julgador pelas partes têm sempre caráter “objetivo”, o que significa que em qualquer caso o acolhimento de uma impugnação de suspeição ou impedimento do juiz está fundado na

ausência de “suficientes garantias”. Nesse sentido, reconheceu a CIDH em *Apitz Barbera e outros c. Venezuela* (2008)⁹ que a recusa é um instrumento processual destinado a proteger o direito à imparcialidade, e não um elemento constitutivo ou definitivo de tal direito, já que “um juiz que não pode ser recusado não necessariamente é – ou atuará de forma – parcial, do mesmo modo que um juiz que pode ser recusado não necessariamente é – ou atuará de forma – imparcial”.

Logo, parece mais aceitável compreender os elementos subjetivo e objetivo da proteção da imparcialidade do seguinte modo: o primeiro há de referir-se à inexistência de riscos agravados de um julgamento possivelmente sujeito a direcionamento ou influenciado por interesses, afetos ou desafetos pessoais do juiz; o segundo, à inexistência de riscos agravados de um julgamento possivelmente distorcido ou significativamente afetado por predisposição indevida do juiz na avaliação dos fatos referentes ao caso. Em ambos os casos o controle da imparcialidade somente pode ser realizado mediante critérios objetivos ou, mais precisamente, intersubjetivamente sindicáveis, embora o foco da apuração seja diverso em cada caso. O aspecto subjetivo da imparcialidade exige análise da *condição pessoal* do juiz, em especial o seu grau de proximidade com as partes, o seu possível envolvimento com fatos relevantes para o julgamento ou a circunstância de poder se beneficiar direta ou indiretamente com o desenvolvimento ou o resultado do processo. O aspecto objetivo da imparcialidade, por sua vez, exige analisar a *condição institucional* do juiz, mediante avaliação do grau de profundidade da cognição exercida mediante valoração de elementos colhidos unilateralmente, em atuação prévia no caso, bem como da expectativa de interferência de pré-juízos injustos formados em razão dessa atuação.

Com esses esclarecimentos, pode ser bem compreendida a fórmula da imparcialidade objetiva cunhada pelo TEDH, segundo a qual a justiça deve não apenas ser feita, mas também ser vista como tal (*justice must not only be done, it must also be seen to be done*). De acordo com a doutrina brasileira, tratar-se-ia de avaliar a “aparência que alimenta as expectativas de um julgamento adequado” (ZILLI, 2017), “aos olhos do demandado e da comunidade” (GIACOMOLLI, 2016, p. 297). Mas a proteção à chamada aparência de imparcialidade, é importante acentuar, não significa reconhecer a possibilidade de escolha ou recusa caprichosa do julgador pelas partes. E que o juiz pareça imparcial aos olhos do demandado e da comunidade é uma exigência que não se realiza mediante simples consulta à vontade do réu ou submissão à opinião pública majoritária, e sim por uma avaliação objetiva ou, ao menos, intersubjetivamente sindicável de que a designação do juízo competente para o caso não oferece riscos injustificáveis de parcialidade. Para tanto de deve perquirir o que o réu poderia legitimamente alegar, perante um auditório universal, sobre o receio de pré-juízos indevidos ou de dificuldades adicionais de o juiz proceder à sua filtragem racional, bem como o que qualquer pessoa integrante da comunidade, que se dispusesse a analisar a questão como um observador razoável haveria de dizer sobre a expectativa de imparcialidade daquele a quem o julgamento foi atribuído.

O conceito de imparcialidade objetiva assim delimitado é de fundamental importância para a análise dos argumentos favoráveis e contrários à adoção do juiz de garantias e da divisão interna das competências judiciais. A fim de “não jogar fora a criança junto com a água suja do banho”, é preciso investigar os esperados benefícios da introdução do juiz de garantias à imparcialidade judicial e identificar seus possíveis riscos, de modo a permitir uma interpretação das novas disposições que permita a máxima obtenção de vantagens sob mínima sujeição a desvantagens, conforme se verá nas seções que seguem.

3. A INTRODUÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS COMO MECANISMO PARA MITIGAÇÃO DE RISCOS À IMPARCIALIDADE.

Reconhecido o papel de destaque da imparcialidade para o sistema acusatório, cumpre estabelecer mecanismos adequados para sua realização efetiva. Isso exige investigar a fundo, com apoio interdisciplinar, as situações e condições pelas quais cognição judicial pode ser indevidamente afetada. Claro está que o tema vai muito além da questão da probidade pessoal do julgador, do seu desinteresse no objeto do processo e de sua formal equidistância das partes, pois muitas vezes o direito a um juiz imparcial pode ser afetado de modo involuntário e imperceptível. Para que os instrumentos de controle da imparcialidade não se transformem em meras declarações de boas intenções normativas, é preciso trazer à luz essas formas mais sutis, embora potencialmente também danosas, de “contaminação” do julgamento.

No âmbito da Psicologia Cognitiva, conceituam-se vieses cognitivos como tendências ou inclinações, produzidas por certas heurísticas, capazes de influenciar e em alguns casos determinar o resultado de avaliações e escolhas. Heurísticas, por sua vez, são modos de pensar ou processar informações em que o controle de racionalidade é desativado ou opera de modo deficiente. Vieses e heurísticas de modo algum podem ser confundidos com a pré-compreensão de que trata a filosofia hermenêutica.

A pré-compreensão é condição de possibilidade de qualquer compreensão correta. Ela incorpora preconceitos, aqui compreendidos como juízos prévios a um exame definitivo, que não são necessariamente ilegítimos, falsos ou precipitados, como sugere o emprego usual da expressão. Subjaz à ideia de círculo hermenêutico que os preconceitos integram o processo do conhecimento como antecipações de sentido passíveis de validação. O intérprete que se guia por uma consciência metodológica buscará questionar seus próprios preconceitos, em vez de simplesmente realizá-los, passando-os pelo filtro da razão (GADAMER, 1997, p. 405-408). Aclarando: o viés não é propriamente o pré-juízo negativo, nem o julgamento ou a escolha errada, e sim a inclinação ocorrida no processo avaliativo que, incidindo sobre pré-juízos ou distorcendo seu significado ou relevância, faz aumentar as chances de julgamentos ou escolhas erradas. Os vieses, portanto, são percalços à compreensão correta justamente por decorrerem de atalhos

mentais em que a suspensão da validade dos pré-juízos é omitida ou dificultada. É discutível o grau ou medida exata em que os vieses podem ser controlados ou evitados, mas deve ser buscada ao menos a minimização de sua interferência, se o que se pretende é obter o maior grau de racionalidade possível em juízos de avaliação.

Há significativas contribuições de estudos científicos que comprovam a existência de vieses cognitivos na população em geral (FUGELSANG; DUNBAR, 2004; JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 2008; KANEMANN, 2012), e é de fato improvável que juízes, dotados da mesma humanidade dos participantes dessas pesquisas, estejam imunes a fatores irracionais na realização de escolhas e avaliações (BAUM, 2010, p. 8; TROIS NETO, 2016, p. 65; ANDRADE, 2019, p. 522). Pode ser objetado que, como a tomada de decisões em casos processualizados, sob o constrangimento da lei e do dever justificatório, constitui o elemento definidor do ofício judicante, os meios de recrutamento e formação dos magistrados, associados à sua submissão a um conjunto de deveres jurídicos e éticos próprios dessa peculiar carreira, poderiam ter alguma relevância no controle de vieses cognitivos nas decisões judiciais (SCHAUER, 2010, p. 105). Embora a transposição das conclusões desses estudos psicológicos à prática judicial deva ser feita com cautela, por haver poucas pesquisas com participantes magistrados ou que levem em conta as especificidades da tomada de decisões na atividade propriamente judicial, os primeiros resultados parecem indicar que tais fatores não protegem plenamente os juízes contra falhas de julgamento (SCHÜNEMANN, 2012; LOPES JÚNIOR; RITTER, 2016).

O problema mais comum apontado nos estudos são os relativos ao viés de confirmação, que consiste na tendência de se buscar prioritariamente a validação de certos pré-juízos, sem conceder a devida abertura que permita questioná-los. Em qualquer avaliação, o sujeito cognoscente primeiro imagina o que algo significaria, se fosse verdadeiro, para somente depois verificar se a informação deve ser rejeitada, mas pode haver significativo *deficit* de racionalidade no processo da compreensão se certas heurísticas, que interferem no exercício do raciocínio sistemático, estiverem presentes nos processos mentais que levam a julgamentos e escolhas (KAHNEMAN, 2012, p. 105-108). A heurística da coerência emocional exagerada, por exemplo, está estreitamente relacionada ao chamado *efeito halo* ou afeto consistente: a inclinação em gostar ou desgostar, aprovar ou reprovar, aceitar ou rechaçar tudo que se refira a algo ou alguém, incluindo aspectos que não foram observados (GOODENOUGH; PREHN, 2004, p. 97; KAHNEMAN, 2012, p. 60 e 108). Assim, dúvidas e ambiguidades podem ser suprimidas de acordo com a ideia formada a partir da primeira impressão e, quando surgem novas informações ou provas, elas recebem tratamento desigual: as coincidentes com aquele juízo prévio tendem a ser facilmente prestigiadas e aceitas, mesmo quando não muito robustas, ao passo que as com ele colidentes “são encaradas com ceticismo, sujeitas a fortes críticas, reinterpretadas ou, em alguns casos, pura e simplesmente ignoradas” (GLEITMAN; FRIDLUND; REISBERG, 2003, p. 444).

Como no processo penal o julgamento deve favorecer o réu em caso de dúvida ou insuficiência de provas, por ser a parte não onerada com o encargo probatório, esse enviesamento afetivo pode obstaculizar a efetividade prática de direitos humanos como o da presunção de inocência. Mesmo que juridicamente se pudesse alegar a suspeição do juiz em casos tais, porém, seria muito difícil provar uma predisposição contrária ou insuficiência de controle racional de prejuízos negativos pelo magistrado. O teste da imparcialidade subjetiva do juiz, conforme decidiu o TEDH em *Kyprianou v. Chipre* (2004)¹⁰, exige a averiguação de elementos de parcialidade exteriorizados em decisões ou na conduta pessoal pelo juiz em face da parte. Uma filtragem malograda de pré-juízos negativos, contudo, sói permanecer oculta na mente do juiz, inacessível ao escrutínio público.

É verdade que a importância do dever judicial de fundamentação para controle ou mitigação de vieses cognitivos não deve ser subestimada. Consciente da necessidade de justificar a solução do caso, cabe ao juiz, na expectativa de que o produto do seu trabalho seja aceito pelas partes, pelo tribunal a que está vinculado e pela sociedade em geral, fazer as razões que tornam a decisão racionalmente aceitável retroagirem ao momento de sua adoção, expungindo fatores irracionais na própria formação do convencimento (GASCÓN ABELLÁN, 2004, p. 202; IBAÑEZ, 2006, p. 107; GOMES FILHO, 2001, p. 113). Os contextos da descoberta (tomada da decisão) e da justificação (apresentação de razões que a tornam racionalmente aceitável) não se confundem, mas também não precisam, nem devem, estar completamente divorciados. Há que se reconhecer, contudo, que a argumentação jurídica pode oferecer um controle apenas parcial da correção das decisões, pois sua garantia é tão-somente procedimental (ALEXY, 1999, p. 117 e 238; ATIENZA, 2003, p. 94). Se vieses estiverem presentes no processo de formação da cognição do juiz em grau elevado, a disposição do julgador para reflexão e autocrítica pode ficar comprometida (KAHNEMAN, 2012, p. 134), a ponto de poder levá-lo a usar sua racionalidade de modo meramente instrumental, como um defensor da validade de um pré-juízo infundado. Esse indesejável efeito não passou despercebido por Enrico Altavilla (1981, p. 510-1), que alertava para a possibilidade de um juízo antecipado se cristalizar tão potentemente na consciência do juiz “que não só as conclusões processuais não conseguirão modificá-lo, mas até ele, inconscientemente, se esforçará por adaptar esses resultados à sua convicção”. Em situações tais, o processo da descoberta condiciona e distorce o processo de justificação, e a fundamentação passa a ser uma mera estratégia para legitimar artificialmente a decisão.

Não se sabe exatamente quais são os gatilhos das heurísticas que levam a distorções cognitivas significativamente relevantes. Capacitação judicial adequada, criação e reformulação de rotinas e processos de trabalho adequados por parte do magistrado e estabelecimento de incentivos institucionais corretos certamente favorecem a controlabilidade de pré-juízos negativos no exercício da jurisdição, mas é difícil medir o

alcance da eficácia desses mecanismos e garantir plenamente uma efetiva adesão a eles por parte de juízes. Como, ao final, tudo se opera dentro da mente do magistrado, parece justificável operacionalizar controles adicionais de proteção contra decisões enviesadas. Nesse sentido, a repartição sucessiva de atribuições entre o juiz competente para conhecer de incidentes da investigação e da fase inicial do processo, e o juiz competente para condenar ou absolver o réu ao final do processo, é defendida pela doutrina como um mecanismo de ampliação das garantias de imparcialidade no julgamento final (BADARÓ, 2011; GLOECKNER, 2015; LOPES JÚNIOR; RITTER, 2016; GIACOMOLLI, 2016; MAYA, 2018; ZILLI, 2017; WOJCIECHOWSKI; ROSA, 2018; ANDRADE, 2019).

Alega-se que quando o juiz, mesmo quando não tem ou não exerce poderes de investigação antes do início da ação penal, afirma a existência do crime e a probabilidade de o investigado ser o seu autor, ainda que em um juízo não definitivo, haveria maiores chances de o juiz “fechar-se” à consideração de elementos trazidos pela defesa no curso da instrução do processo. Convicções formadas à base de elementos produzidos mediante participação pequena ou nula da defesa podem vir a se consolidar na mente do magistrado, tornando-o possivelmente refratário ao reconhecimento da força probatória de elementos divergentes apresentados ou surgidos na instrução do processo. Por isso, a atribuição da competência para instruir e julgar a ação penal a um magistrado diverso do que atuou em questões ou incidentes de fases anteriores, em que pesem as diferenças de *standard* probatório legalmente previstas para decisões provisórias e para decisões definitivas, poderia potencialmente reduzir o espaço e a intensidade do viés de confirmação e do efeito exagerado das primeiras impressões no julgamento do caso.

Pela proposta do Anteprojeto do Código de Processo Penal, a competência do juiz de garantias ficaria restrita à fase propriamente investigativa, atribuindo-se a decisão sobre o recebimento inicial e definitivo da denúncia ao juiz da instrução e julgamento. Em favor disso pode ser alegado que um juiz livre de qualquer “contaminação” da fase inquisitorial teria melhores condições de realizar um controle mais efetivo das da justa causa para a ação penal, mas em contrapartida haveria o risco de esse mesmo juiz, uma vez tendo concluído haver indícios idôneos de autoria e materialidade delitiva, sujeitar-se ele próprio à consolidação de pré-juízos formados à vista de elementos não contraditados. Entre conferir controles adicionais de imparcialidade à decisão de recebimento ou rejeição da denúncia ou à sentença, a Lei nº 13.924/2019 adotou a última alternativa. A escolha legislativa, apesar de agravar problemas que adviriam se a alteração de competência fosse aplicada a processos em curso, como se verá posteriormente, no longo prazo justifica-se pela cognição mais ampla e profunda do julgamento final e pela maior aptidão do juízo sobre insuficiência de provas na sentença formar coisa julgada em favor do réu.

4. POSSÍVEIS CUSTOS, DIFICULDADES E OBJEÇÕES À IMPLEMENTAÇÃO DO NOVO INSTITUTO.

4.1. RISCOS DE EFEITOS INDESEJÁVEIS NO CONVENCIMENTO JUDICIAL.

Apesar do otimismo da doutrina brasileira, não se devem menosprezar os riscos da instituição do juiz de garantias para eficiência epistêmica e para a própria imparcialidade judicial. Se se admite a contribuição interdisciplinar para reconhecer a influência de fatores irracionais decorrentes da regra da prevenção como critério de fixação da competência, deve-se reconhecê-la também para avaliação dos perigos que podem advir da cisão das competências no curso da persecução penal.

Inicialmente, deve-se reconhecer que a pré-compreensão formada pelo juiz ao apreciar incidentes da investigação não é necessariamente constituída de pré-juízos negativos, e que o prévio conhecimento judicial de elementos do caso pode muitas vezes ser epistemicamente favorável a um juízo adequado. A cessação da competência do juiz de garantias em favor de outro juiz a partir do recebimento da denúncia pode acarretar perda de eficiência cognitiva, inclusive em favor do réu. Esse possível custo deve ser sopesado, ainda que não seja por si só suficiente para uma oposição à introdução do juiz de garantias.

Outro aspecto a considerar é o de que, uma vez admitida a expectativa de um viés de confirmação desfavorável ao réu por parte do juiz que *decreta* uma medida cautelar, é razoável supor que essa mesma tendência venha a ser desenvolvida na mente pelo juiz da instrução e julgamento que a *confirma*. Note-se que, pela reforma aprovada, o juiz da instrução e julgamento, ao receber o processo, tem o dever de “reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo de 10 (dez) dias”. Em razão do momento fixado para tal reexame, antes da instrução probatória, tudo indica que em geral ele será feito à vista dos mesmos elementos probatórios considerados pelo juiz de garantias. O convencimento sobre autoria e materialidade na reapreciação da medida cautelar pelo juiz da instrução e do julgamento também não poderia, pelo viés de confirmação, produzir efeitos desfavoráveis ao réu no momento da sentença?

Também parece importante alertar que outros vieses, igualmente indesejáveis, podem surgir ou se agravar com o estabelecimento da cisão das competências penais. Destaca-se, acima de todos os outros, o *viés de adesão*, pelo qual o juiz de instrução e julgamento se inclinaria a manter decisões do juiz de garantias. O viés de adesão é conceituado como a tendência de pensar, acreditar ou decidir de uma determinada forma porque outras pessoas assim o fazem, em especial quando fortemente vinculadas a um grupo dotado de interesses comuns ou relativa homogeneidade cultural (MYERS, 2016, p. 528). No exercício da função judicial geralmente se aponta um maior risco de

incidência do viés de adesão em julgamentos colegiados. Mas não seria indevido supor que a atribuição de funções sucessivas em um mesmo processo a dois juízes dotados de mesma hierarquia, sob certas condições institucionais, possa favorecer uma exagerada deferência às decisões do juiz de garantia nas decisões do juiz de instrução e julgamento.

A respeito desse possível viés, já convém notar que a escolha da denominação “juiz de garantias” em nada contribui para estimular uma *postura crítica* do juiz de instrução e julgamento, a quem cabe decidir sobre a manutenção de medidas cautelares, validade de provas irrepetíveis cuja obtenção houver sido determinada na fase inquisitorial e sobre outras nulidades arguidas pelas partes em debates ou memoriais. O carimbo e assinatura do chamado juiz de garantias em medidas sujeitas a reexame ou apreciação de seus efeitos pelo juiz do julgamento podem conferir a elas um falso indicativo de que se trata de decisões compatíveis com o garantismo jurídico, com todo o peso semântico da expressão usada para designar essa linha de pensamento. A força desse “selo garantista”, nos tempos atuais de primazia da imagem, das primeiras aparências e dos *slogans*, poderia funcionar como um sutil incentivo a que sejam mantidas e prestigiadas mesmo quando possam acarretar intervenção desproporcional nos direitos individuais do investigado.

De todo modo, ainda que se excluísse qualquer denominação que pudesse previamente sugerir compatibilidade da decisão com a corrente garantista, não parece absurdo supor que o risco do viés de adesão poderia subsistir na dinâmica de trabalho que a divisão das funções judiciais estabelece. A tendência de o juiz de instrução e julgamento prestigiar decisões anteriormente adotadas por seu colega, poderia decorrer de mero conforto cognitivo e preferibilidade das soluções mais simples. Em um ambiente institucional de pressão por produtividade, esse juiz “envergonhadamente humano” poderia tender à busca pela agilização de resultados e evitação do retrabalho, em prejuízo do reexame minucioso de decisão do juiz de garantias².

E o viés de adesão pode surgir ou ser incrementado inclusive em relação ao membro do Ministério Público. Estudos anteriores já sustentavam uma tendência de o juiz dar maior credibilidade *a priori* ao órgão acusador – cuja posição no processo os manuais jurídicos designam pelo curioso oxímoro de “parte imparcial” – que ao defensor do réu, o que foi chamado de efeito correspondência comportamental (SCHÜNE-MANN, 2012) ou efeito aliança (LOPES JÚNIOR; RITTER, 2016). Com a reforma, os riscos desse viés podem ser agravados. Se o órgão da acusação for o mesmo que oficiou até a fase do art. 399 do CPP, e nada na alteração legislativa impede que o seja, o juiz do julgamento pode dar às suas manifestações credibilidade ainda maior que a até então existente ou esperada, pelo fato de o membro do Ministério Público “conhecer o caso melhor e há mais tempo”.

Analisando-se pela via inversa, é possível cogitar novas ou agravadas distorções de avaliação também nas decisões do próprio juiz de garantias. Aqui se poderia cogitar de

um risco de transferência indevida de responsabilidades. Ciente de que a palavra final caberá ao juiz de instrução e julgamento, não poderá o juiz de garantias – cuja mera investitura não assegura, como já dito, um perfil “garantista” – relaxar na proteção dos direitos do acusado, na confiança de que o colega que o sucederá limaria possíveis excessos na manutenção ou apreciação de efeitos de medidas interventivas na esfera individual? A divisão das competências judiciais no âmbito de processos penais, máxime se adotado o sistema de “rodízio” facultado pela reforma, poderia favorecer a que magistrados que não oficiassem exclusivamente como juízes de garantias tendam a alocar maior atenção a outros casos ou situações em que essa controlabilidade adicional não esteja prevista.

Por outro lado, distorções ou vieses indevidos em decisões do juiz de garantias também poderiam advir de uma excessiva preocupação com a segurança epistêmica do julgamento final. Sabendo que o conteúdo das provas irrepetíveis será também e principalmente apreciado pelo colega que o sucederá no caso, não haveria o perigo de o juiz atuante na investigação autorizar diligências exageradamente interventivas que o necessário, para descoberta de mais e melhores fontes de prova, pelo receio de o juiz do julgamento, que poderia entendê-las cabíveis e úteis, não ter como determiná-las quando o processo lhe for remetido? Seria ingênuo supor que os juízes de garantias, apenas por causa do nome da função, não levariam em conta o risco de que decisões de sua responsabilidade possam contribuir para impunidade em casos nos quais ela seria evitável. Preocupados com danos irreparáveis para a eficiência persecutória decorrentes de possíveis omissões na fase investigatória, esses magistrados podem adotar medidas excessivas por não terem como saber quais e quantas provas, pelo padrão avaliativo do juiz do julgamento, deveriam ter sido produzidas.

Os riscos expostos nos parágrafos anteriores podem parecer espantosos, à vista do modelo de firmeza, dedicação e compromisso com a justiça que se espera dos que exercem a função judicante. Mas a postura científica exige afastamento de idealismos e consideração de todos os cenários, inclusive os mais pessimistas. Entre os deveres éticos da magistratura e os incentivos reais postos pela legislação, pelos órgãos de controle e pelo meio social, o juiz feito de carne, osso e vieses de julgamento, nem sempre encontra um ponto ótimo de equilíbrio em sua atuação. A adoção de novos institutos jurídicos e o modo de sua efetiva implantação devem levar essa realidade em conta, sob pena de prejuízo à eficácia de suas normas ou produção de efeitos sociais indesejados.

4.2. RISCOS DE EFEITOS INDESEJÁVEIS REFERENTES À APLICAÇÃO EM PROCESSOS EM CURSO

Outra questão a ser enfrentada diz respeito ao breve prazo para a entrada em vigor das novas disposições e à ausência de regras de transição, o que acarreta dificuldades de sua implementação, podendo provocar, ainda, violação de outras garantias de julga-

mento adequado e tumulto procedimental em ações penais em andamento.

Aury Lopes Júnior e Alexandre Rosa (2020) sustentam que, como a Lei nº 13.924/2019 tem eficácia imediata e não previu regras de transição, deveria ser aplicada a processos em curso, pois teria instituído o direito de todos os réus serem julgados por um magistrado que não tenha atuado no que atualmente se entende como a fase das garantias, que vai da investigação até o recebimento definitivo da denúncia. Pela lógica do isolamento dos atos processuais, adotada pelo CPC (Código de Processo Civil) de 2015 e aplicável subsidiariamente ao processo penal, defendem os autores que instruções iniciadas mas não finalizadas devem ser consideradas nulas, devendo os atos instrutórios ser renovados pelo novo juiz que passará a officiar no feito em substituição ao magistrado competente até o início de vigência da lei. Apenas em casos de instruções já finalizadas a competência para o julgamento seria mantida.

A vingar tal entendimento, é possível antever muitos problemas para a administração da justiça penal.

Em primeiro lugar, mencionem-se os de ordem prática. O período de 30 (trinta) dias de *vacatio legis* instituído pela Lei 13.924/2019 findou no dia 22/01/2020, de modo que o início de vigência da lei deveria iniciar, nos termos do art. 8º, § 2º, da LC nº 95/98, no dia 23/01/2020. É de se imaginar a grande dificuldade que teriam os tribunais, surpreendidos com a edição da lei na véspera de Natal, em pleno recesso judiciário, para promover as medidas de reestruturação administrativa de seus serviços e da organização judiciária necessárias para redesignar juízes e implementar a redistribuição de processos a tempo. A propósito, o risco de “uma desorganização os serviços judiciários em efeito cascata de caráter exponencial, gerando risco de a operação da justiça criminal brasileira entrar em colapso” foi um dos fundamentos apresentados na liminar, da lavra do Ministro Luiz Fux, para suspensão total da eficácia das disposições relativas à introdução do juiz de garantias na ADI nº 6298 MC / DF.

A respeito da operacionalização da cisão de competências criminais em pequenas comarcas, cuja dificuldade de realização prática já havia sido alertada pelo CNJ em 2010, em Nota Técnica contrária à instituição do juiz de garantias, não parece que a possibilidade de *rodízio*, aventada na própria lei reformadora (art. 3º-D, parágrafo único do CPP), seja a melhor solução. O exercício da jurisdição em varas não especializadas caracteriza-se pela grande variedade de competências e pelo correlato de dever, nem sempre realizável, de o juiz manter-se atualizado em praticamente todos os ramos jurídicos. Seriam essas condições favoráveis à cisão das competências criminais? Não haveria maior chance de incidência do viés de adesão nas decisões do Juiz X, agora competente para o julgamento dos processos da Comarca A, em que o Juiz Y, mais afeito à matéria criminal, funcionou como juiz de garantias? E não seriam agravados os riscos de transferência indevida de responsabilidade pelo Juiz Z, que foi designado para ser

o juiz de garantias da Comarca B em um período de grande acúmulo de processos na Comarca C, pela qual continuará respondendo no exercício da jurisdição plena?

E há ainda os problemas propriamente jurídicos, que põem importantes questões sobre a convencionalidade da interpretação que defende a aplicação da reforma a ações penais já ajuizadas. Pode se cogitar, inicialmente, de violação ao dever de impessoalidade, por desvio de finalidade na criação do juiz de garantias. Aprovada por um Congresso Nacional desgastado perante a opinião pública e sancionada pelo Presidente da República contrariamente ao parecer do Ministério da Justiça em relação às disposições sobre o juiz de garantias, a Lei nº 13.924/2019 nasceu sob a polêmica de ter supostamente desvirtuado o chamado “Pacote Anticrime”. Teria o legislador reformista atuado intencionalmente para, por meio do estabelecimento de exíguo prazo de *vacatio legis* e omissão de regras de transição, obstaculizar a normal tramitação de ações penais em andamento e obliterar decisões que desacolheram exceções de suspeição em casos de repercussão que desagradaram parte da classe política? Se comprovada que a influência de interesses contingentes, para interferir no desenvolvimento e no possível desfecho de ações penais em andamento, poderia a nova legislação, ou parte dela, ser considerada nula por inconstitucionalidade e inconvencionalidade? Essa possibilidade parece não ter sido descartada na liminar concedida no plantão de recesso do STF pelo Ministro Dias Toffoli, depois ampliada em seus efeitos pelo relator sorteado, ao afirmar que “deverão ser neutralizadas quaisquer modificações de competência que, a pretexto de aperfeiçoar o sistema acusatório, dissimulem eventual intuito de alterar, de forma artificiosa, o juiz natural para o julgamento de determinado caso”.

Possível violação ao dever de proteção dos direitos humanos na esfera judicial também pode ser cogitada mesmo sem qualquer consideração quanto a desconfianças de desvio de poder na edição da Lei nº 13.924/2019. As garantias de prestação jurisdicional por órgão “competente, independente, imparcial e estabelecido anteriormente por lei” (CADH, art. 8.1) formam um plexo normativo de vedação a julgamentos direcionados. Os quatro princípios integrantes desse feixe de proteção apresentam pontos de convergência e geralmente se aplicam em mútua complementaridade funcional, mas também possuem âmbitos normativos que lhes são exclusivos, dotados de eficácia normativa autônoma e independente. Por isso, não se pode descartar que eles também possam, nas vastas possibilidades de ações e omissões estatais, vir a colidir entre si.

Cumpra aqui relembrar que direitos humanos não formam apenas deveres de abstenção por parte do Estado, exigindo também atuações estatais, inclusive por meio da legislação (CADH, art. 1.1) e da jurisdição (CADH, art. 25). A criminalização de muitas condutas e a instituição de mecanismos persecutórios eficientes tomam parte na realização dos direitos humanos, como reconhecido pela CIDH pelo menos desde o Caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*³(1988)¹¹. Isso permite a invocação do dever de

proteção também em favor dos titulares de bens jurídicos que foram lesados por poderes privados e que têm a justa expectativa de uma atuação estatal adequada em face de tais violações, o que haveria de abranger a racionalidade do procedimento e a proteção contra sobressaltos injustificáveis no processo.

Com base nisso, seria legítimo esperar do Estado, ao promover significativas mudanças das fórmulas processuais, adotar regras razoáveis de direito intertemporal, com máximo aproveitamento de atos processuais regularmente praticados e mínimo comprometimento da previsibilidade na tramitação dos feitos e na efetividade dos esforços para atingir seus resultados. A edição de leis que promovam alterações bruscas de competência, a ponto de exigir normatização às pressas de regulamentos de organização judiciária e refazimento de atos processuais, parecem acarretar algum grau de intervenção ao princípio do juiz natural, aqui associado aos da proteção judicial, da duração razoável do processo e da segurança jurídica. Portanto, em que pesem os argumentos favoráveis à divisão das competências judiciais como meio de proteção adicional à imparcialidade judicial, sua aplicação em processos que estão em andamento pode provocar uma colisão de princípios, cuja solução haveria de guiar-se pela busca do melhor modo de realizar as garantias de um processo tanto quanto possível livre de interferências indevidas.

A seção seguinte será dedicada a buscar a melhor interpretação possível das disposições relativas ao juiz de garantias, de modo a garantir-lhe uma efetividade ótima, levando em conta seus esperados riscos, as condições fáticas de sua implementação e a força normativa de outras normas constitucionais e convencionais.

5. PROPOSTAS PARA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS RELATIVAS À INTRODUÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS.

5.1. MAXIMIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE DECISÃO E MINORAÇÃO DE POSSÍVEIS VIESES INDESEJÁVEIS.

Após a constatação das dificuldades do tormentoso tema dos vieses de julgamento no processo penal, a chave para a mitigação dos seus efeitos está na consideração do problema tendo por base a incidência das garantias de ampla defesa e do contraditório, bem como de sua efetiva controlabilidade, tanto quanto possível, já na formação dos pré-juízos do julgador.

Como reforma legislativa nenhuma pode mudar o modo de funcionamento da mente humana, que opera mediante estratégias de teste positivo, o juiz de instrução e julgamento, mesmo não tendo apreciado questões prévias relativas ao fato, buscará compreender a denúncia tentando inicialmente acreditar nela. Mas a isso não deve ser dada importância maior do que a devida, pois se essa forma de raciocinar gerasse, por

si só, uma tendência tão forte de confirmar a hipótese sob apreciação, as defesas postulariam manifestar-se sempre antes, e não depois, da parte acusadora. O ponto decisivo reside na maior ou menor aproximação às condições ideais de controlabilidade dos preconceitos de quem está incumbido de julgar.

Ao analisar boa parte dos incidentes da investigação, como pedidos de busca e apreensão, interceptação telefônica, sequestro de bens e prisão preventiva, por exemplo, o juiz atuante nessa fase avalia a justa causa da medida à vista de elementos colhidos unilateralmente, sem prévia manifestação da defesa. Isso é necessário para evitar a frustração do possível êxito das diligências, mas provoca o efeito colateral de aumentar as chances de formação de pré-juízos negativos em quem decide nessas circunstâncias. Parece promissor que o juiz competente para esses incidentes não seja o mesmo do julgamento definitivo, para diminuição do risco de influência indevida de juízos formados em condições subótimas de contraditoriedade. Com a cessação das atribuições do juiz da fase de garantias, cessaria também o potencial danoso de preconceitos negativos sobre o caso que esse juiz possa ter desenvolvido.

O juiz de instrução e julgamento, por sua vez, pode e deve tomar decisões sobre o caso após ouvir a defesa, minimizando a possibilidade de fazer cristalizar em sua mente conceitos equivocadamente desfavoráveis ao acusado. Isso o ajuda a munir-se de melhores meios para assegurar maior racionalidade já na elaboração da sua posição prévia, concepção prévia e visão prévia (GADAMER, 1997, p. 406). Imparcialidade pressupõe não uma asséptica ausência de preconceitos, mas a existência de suficientes condições para o ir e vir do olhar que ocorre em qualquer compreensão correta. Como diz Heidegger (*apud* HASSEMER, 2008, p. 96-7), em vez de ingenuamente negar o círculo hermenêutico, é preciso “entrar nele corretamente”.

É certo que nem sempre o juiz atuante na fase investigativa forma preconceitos injustos ou fracassa em promover a suspensão de sua validade quando precisa decidir algum incidente sem submissão prévia ao contraditório. Embora mesmo nesses casos seja possível uma compreensão epistemicamente correta, parece seguro afirmar que um contraditório prévio à decisão tende a exercer melhor papel controlador de pré-juízos negativos do que um contraditório postergado. A abertura à possibilidade de influência paritária das partes no processo decisório “amplia o quadro de análise, constrange a comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado” (OLIVEIRA, 2003, p. 234).

A questão da contraditoriedade também é a chave para o enfrentamento do problema de o juiz do julgamento não atuante na fase inquisitorial também poder formar pré-juízos negativos antes da sentença, quando houver de revolver questões pendentes e reexaminar medidas cautelares em curso (art. 3º-C, §§ 1º e 2º do CPP). O que realmente interessa não é propriamente tentar controlar *quando* o juiz forma o convenci-

mento, o que implicaria desconsiderar caráter circular da compreensão, mas estabelecer condições sobre *como* ele o faz, o que diz respeito à asseguuração de que a defesa possa efetivamente influir na valoração judicial. Os pré-juízos surgidos na apreciação de incidentes durante a fase da apuração policial são objeto de preocupação para a imparcialidade não por serem meramente anteriores à sentença, e sim por serem formados em uma dinâmica de interação dos órgãos persecutórios em que a atuação defensiva é bastante limitada. Somente após o início da ação penal o imputado pode exercer plenamente as prerrogativas e faculdades próprias da condição de sujeito processual. Por isso é necessário interpretar o dever de o juiz do julgamento apreciar questões pendentes e reexaminar medidas cautelares adotadas pelo juiz de garantias à luz do princípio da colaboração processual e da não-surpresa previstos nos arts. 6º e 10 CPC. Não há por que considerar que, no processo penal, o contraditório deva ser menos intenso que no processo civil (BADARÓ, 2016, p. 57), pois também em casos penais o juiz deve ser cooperativo, zelando pela equiparação das oportunidades das partes e pela manutenção do caráter dialógico do processo.

Especificamente em relação às cautelares em curso contra o réu, deve a defesa ser consultada sobre o momento de sua reapreciação, não cabendo ao juiz fazê-lo de ofício. O prazo de 10 (dias) previstos no § 2º do art. 3º-C deve ser contado a partir da manifestação das partes, e não do recebimento dos autos pelo juiz do julgamento. Essa interpretação se justifica para otimizar o direito de o réu definir sua própria estratégia defensiva, pois nem sempre lhe será conveniente que tal decisão seja prolatada *antes* da instrução processual, mediante mera reapreciação de elementos colhidos na investigação. Deve ser assegurado à defesa, portanto, o direito de escolher entre exigir o reexame das cautelares apenas após a produção judicializada das provas repetíveis, com a vantagem de postergar o reexame da medida, ou exigir sua apreciação imediata, com a desvantagem de a valoração judicial poder incidir sobre provas unilateralmente colhidas e ainda não repetidas na instrução do processo. Atribuir à defesa a possibilidade de fixação do momento dessa decisão reforça a posição do réu como sujeito processual dotado de autonomia e autorresponsabilidade processual.

Como também são formados preconceitos favoráveis na mente do juiz que conhece de questões incidentais da investigação mesmo sem observância do contraditório, deve-se admitir a possibilidade de algum prejuízo à eficiência epistêmica decorrente do não-aproveitamento desses pré-juízos positivos, com possíveis reflexos na celeridade processual. Esse custo de fato existe, mas pode ser em algum grau compensado, de parte do Poder Judiciário, por medidas como aumento do quadro de juízes criminais e criação de varas especializadas; de parte do Ministério Público, pela atuação diligente do órgão acusatório na apresentação das provas durante a instrução processual. Na ponderação entre os princípios colidentes, parece justificável, após a concessão de prazo razoável para edição de atos de organização judiciária necessários para pôr em prática as

novas normas, a prevalência da ampliação dos controles de imparcialidade em face da manutenção de práticas que viabilizam maior eficiência persecutória.

Os riscos de aumento do viés de adesão por parte do juiz da instrução e julgamento e de afrouxamento dos controles por parte do juiz de garantias no deferimento de medidas interventivas na esfera individual, por transferência indevida de responsabilidades ou preocupação excessiva com resultados probatórios, também não parecem deslegitimar a inovação legislativa, se adotadas medidas para minoração desses efeitos adversos. Esses possíveis efeitos devem ser minorados por meio de medidas institucionais no âmbito da administração judiciária. Em primeiro lugar, é conveniente fornecer programas de capacitação e aperfeiçoamento que conscientizem os magistrados que podem ou pretendem atuar como juízes de garantia ou juízes de julgamento sobre o perfil esperado para tais funções e a forma de atuação que será exigida. Em segundo lugar, é preciso dar condições de trabalho favoráveis ao desempenho ótimo de suas atribuições, incluindo estrutura tecnológica adequada, atribuição de acervos processuais compatíveis e máximo grau de especialização de competências, com possibilidade de regionalização da atuação do juiz de garantias, sem adoção do obscuro e improvisado “rodízio” facultado pela lei. Por fim, espera-se um aperfeiçoamento dos incentivos dados aos magistrados, por meio do estabelecimento de metas e critérios de ascensão funcional e outras formas de reconhecimento e prestígio profissional que favoreçam um ambiente de trabalho, uma cultura institucional e uma prática judicial compatíveis com o modelo de juiz vocacionado para proteção dos direitos humanos.

5.2. INTERPRETAÇÃO ADEQUADA À EFETIVIDADE ÓTIMA ENTRE AMPLIAÇÃO DOS CONTROLES DE IMPARCIALIDADE E PROTEÇÃO DO JUIZ NATURAL E DA SEGURANÇA JURÍDICA.

Cumprir enfrentar, finalmente, o problema do início de vigência da reforma e à ausência de regras de transição. Aqui a solução passa por uma interpretação que viabilize uma eficácia ótima entre as exigências de justiça e segurança que regem a principal lógica das normas de direito intertemporal.

Sobre o possível desvio de finalidade na edição da lei reformadora, é preciso reconhecer que não há elementos suficientemente seguros de uma intenção deliberada dos participantes do processo legislativo em promover alteração de juízos em casos específicos. Se já é difícil identificar vieses cognitivos de um juiz, cujas decisões são sempre fundamentadas, o que se dirá das distorções avaliativas das centenas de pessoas que tomam parte no ato complexo de legislar. Cumprir, portanto, restringir a análise da questão a elementos objetivos, livres da contaminação de especulações sobre uma suposta concertação com o objetivo de assegurar impunidade de réus em casos concretos.

Mas convém lembrar que decisões tomadas no exercício do poder legiferante tendem a ser até mais devastadoras em seus resultados, justamente por sua aplicabilidade a uma classe de situações típicas previstas para uma categoria universal de destinatários. Disso se infere que, não obstante o elemento volitivo e a legitimação democrática do legislador, também em relação aos seus atos pode se exigir a aplicação da fórmula, criada pelo TEDH e aceita pela CIDH, de que a justiça não deve apenas ser feita, ela precisa também ser vista como realizada. A questão passaria a ser, então, se há algo objetivamente considerado nas novas disposições que possa afetar a aparência de idoneidade da reforma adotada.

Na Justificativa apresentada no Anteprojeto de Código de Processo Penal (2009, p. 17), de onde foi extraída boa parte das disposições sobre o juiz de garantias, reconhecia-se que, para os proveitos da reforma serem alcançados, “os tribunais desempenharão um papel de fundamental importância [...], especialmente no estabelecimento de regras de substituição nas pequenas comarcas” (2009, p. 17). Se se trata de uma revolução procedimental no processo penal, dificilmente superável em impacto por outras alterações legislativas, a estatuição de prazo de *vacatio legis* de apenas 30 (trinta), com contagem iniciando em uma véspera de Natal e terminando pouco mais de duas semanas após o reinício do ano judiciário, sem qualquer regra de transição, revela inegável falta de colaboração interinstitucional, contrariamente ao dever de harmonia e independência recíproca entre os poderes (CF, art. 1º, par. Único)..

Não por acaso, dada a complexidade da sua implementação, a introdução do juiz de garantias estava sendo gestada no âmbito do debate sobre o novo Código de Processo Penal. Códigos geralmente são instituídos com previsão de prazos dilatados de *vacatio legis*, como sucedeu na adoção dos Códigos Civil e de Processo Civil, os últimos a serem editados, que passaram a vigor em 1 (um) ano após às respectivas publicações, ou como se sugeria no próprio Anteprojeto do Código de Processo Penal, que previa o prazo de 6 (seis) meses para início de sua vigência (art. 681).

Revoluções jurídicas repentinas e sem regras de transição adequadas podem representar verdadeiros “golpes” no Estado de Direito, por melhores que sejam intenções dos revolucionários. Por isso tem razão Jorge de Figueiredo Dias (1981, p. 322-323) ao associar o direito ao que o autor chama de “juiz legal” também a exigências de ordenação da administração da justiça e à confiança que esta inspira na comunidade. Afastada a retórica de quem pudesse estar incomodado com os resultados da Operação Lava Jato e de outros casos de repercussão política, não havia uma situação de descalabro na proteção dos direitos humanos que justificasse uma intervenção *urgente* nas regras processuais penais a ponto de demandar alteração de julgadores em casos pendentes, com nulificação de atos e reinício de todas as instruções judiciais não finalizadas em que o juiz responsável por presidi-la tenha conhecido de incidentes do que se passou a cha-

mar de fase de garantias. Como reconhece Jacinto Coutinho (2008, p. 176), “pode-se burlar o juiz natural tanto para beneficiar réus como para prejudicar réus quando, pelo princípio, o que se não quer – e não se pode admitir – é a burla”.

Contra a posição dos autores que defendem a incidência das novas regras já nos casos judicializados, pode ser objetado que a aplicação analógica apenas se aplica quando não houver a possibilidade de identificar uma norma aplicável, dentro do próprio sistema processual penal, à luz de uma interpretação constitucional e convencional adequada. Embora as questões de direito intertemporal no Brasil não venham recebendo tratamento adequado, já que a doutrina não parece fazer uso das mesmas categorias, e a jurisprudência apresenta tendências confusas e, por vezes, contraditórias, não parece recomendável tentar resolver problemas mediante simples transposição de uma ou outra visão sobre o conteúdo de conceitos como os de ato jurídico perfeito, eficácia imediata e retroatividade. Deve-se ter em conta, que o tema da eficácia da lei no tempo tem à sua base a necessidade de harmonização entre aspirações de justiça, representadas pelo progresso institucional prometido pelas novas normas, e as aspirações de segurança, representadas pela necessidade de proteção da confiança nas instituições, da estabilidade de situações consolidadas e da previsibilidade de efeitos legitimamente esperados da atuação conforme o direito. Nessa trilha, reconhece-se o potencial aprimorador das disposições da Lei nº 13.924/2019 para a viabilização de julgamentos corretos, mas parece haver um menor aproveitamento das vantagens que das novas normas se espera, bem como uma maior submissão aos riscos que ela enseja, se sua implementação atingir processos em curso. Daí a necessidade de conferir uma interpretação restritiva sobre a aplicabilidade da reforma, mantendo a pós-atividade das normas antigas nos casos em que o processo judicial já estiver em curso, com o recebimento inicial da denúncia a que se refere o art. 396 do CPP.

Com efeito, a alteração do juiz oficiante no caso não pode ser vista como uma caixa mágica de onde se extrairá a solução definitiva para a realização plena da imparcialidade judicial; ela apenas institui, mediante algum custo e sob determinadas condições de aplicação, mecanismos para uma esperada ampliação de instrumentos de controle da imparcialidade. A mitigação do risco de possíveis efeitos indesejáveis da introdução do juiz de garantias para a própria garantia da imparcialidade, pelo possível surgimento ou agravamento de outros vieses cognitivos, exige o implemento de medidas de organização judiciária e gestão administrativa que não poderiam ser praticadas ou gerar resultados em poucos dias. A otimização do direito a um juiz imparcial parece exigir o reconhecimento implícito de um correlato *direito a uma regra de transição* que viabilize as condições necessárias para que novos mecanismos de controle da imparcialidade propiciem o melhor resultado possível. Como disse certa vez Eduardo Couture (*apud* BARROSO, 2004, p. 38), “o tempo se vinga das coisas que se fazem a sua colaboração”.

6. CONCLUSÃO

A proteção da imparcialidade tem um duplo aspecto: subjetivamente, exige análise da condição pessoal do juiz do caso, mediante apuração da sua situação em relação às partes e ao objeto do processo, para que não haja razoável suspeita de que ele possa pretender favorecer ou desfavorecer a um dos litigantes ou a si próprio; objetivamente, exige análise da condição institucional do julgador, mediante apuração do modo como possa ter formado pré-juízos no caso, para afastamento de riscos agravados de predisposição indevida na decisão.

Para que se possa ampliar e dar efetividade prática à imparcialidade judicial, parece desejável, além de diferenciar quem julga de quem acusa, instituir instrumentos complementares que possam propiciar, tanto quanto possível, as melhores condições para uma sentença de acordo com o justo processo. Se há maior chance de preconceitos indevidos surgirem e escaparem dos filtros de racionalidade do juiz nos casos em que o julgador atua desde a fase do inquérito do que nos casos em o julgador atua apenas a partir da fase processual, então há boas razões para a repartição sucessiva das competências penais entre juiz de garantias e juiz da instrução e julgamento promovida pela Lei nº 13.924/2019.

Embora a instituição do juiz de garantias seja uma inovação promissora, certamente não é a panaceia para todos os males da prestação jurisdicional, nem está livre de gerar ou agravar outros problemas. É possível cogitar riscos de perda de eficiência epistêmica, com possível prejuízo à efetividade do processo, e de incidência ou agravamento de outros vieses de julgamento. Para minoração desses efeitos indesejáveis cumpre que a implementação da reforma seja feita sem precipitação, com adoção de medidas que permitam uma organização judiciária eficiente e criação de incentivos corretos. Assim seria possível o aperfeiçoamento de uma cultura institucional e de uma práxis dirigidas à proteção dos direitos humanos no âmbito do processo.

Devem ser afastadas, portanto, as posições extremadas, não raro contaminadas pelas paixões políticas. A alegada “demora” na introdução do juiz de garantias no Brasil, em comparação com boa parte dos países da Europa e da América Latina, pode ser justificada por peculiaridades do sistema processual brasileiro, que pelo menos desde a Constituição de 1988 já prevê a separação dos órgãos encarregados da investigação preliminar e do julgamento do caso penal. Por sua vez, a alegada “rapidez” legalmente prevista para entrada em vigor do novo instituto, desacompanhada de regras de transição, está sujeita a uma interpretação constitucional e convencionalmente adequada da eficácia da Lei nº 13.924/2019 no tempo, levando-se em conta o impacto da possível alteração de juízos em casos pendentes para a realização do princípio do juiz natural, conectado ao dever de proteção judicial adequada e à preservação da confiança institucional que a busca da segurança jurídica exige.

BIBLIOGRAFIA

- ALEX, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 507-540, jan.-abr. 2019.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. O juiz das garantias na interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 40, fev. 2011. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html. Acesso em: 24/01/2020.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.
- BADARÓ, Gustavo. Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.) *Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 343-363.
- BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 90, p. 33-67. 2004.
- BAUM, Lawrence. *Motivation and judicial behavior: expanding the scope of inquiry*. In: KLEIN, David; MITCHELL, Gregory (ed.). *The Psychology of Judicial Decision Making*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 3-25.
- BRASIL. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural na CF-88: ordem e desordem". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 45, n. 179, jul./set, p. 165-178. 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1981. v. 1.
- FUGELSANG, Jonathan A.; DUNBAR, Kevin N. *Cognitive science framework for understanding causal reasoning and the law*. In: GOODENOUGH, O; ZEKE, S. (ed.). *Law and the brain*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 157-166.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; REISBERG, Daniel. *Psicologia*. 6. ed. Trad. de Danilo R. Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 117, p. 263-286, nov./dez. 2015.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.
- JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *A Behavioral approach to Law and Economics*. In: SUNSTEIN, Cass (Ed.). *Behavioral Law and Economics*. 2008.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 73, p. 12-25, ago./set. 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes. Juiz das garantias e direito intertemporal: onde o STF resvala. Coluna Limite Penal. Consultor Jurídico. 17/01/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-17/limite-penal-juiz-garantias-direito-intertemporal-onde-stf-resvala?imprimir=1> Acesso em: 01/02/2020

MAIER, Julio. *Derecho procesal penal argentino*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

MAIER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (Coord.). *Las Reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

MAYA, André Machado. Juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos*. v. 23, n. 1, jan-abr. 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13036>. Acesso em: 24/01/2020.

MONTERO AROCA, Juan. La Imparcialidad Judicial en el Convenio Europeo. *Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, 2015. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/33.pdf>. Acesso em: 01/02/2020.

MORAES, Maurício Zanoide. Quem tem medo do 'juiz das garantias'?. *Boletim IBCCRIM*, a. 18, ed. especial, agosto. 2010.

MYERS, David G. *Psicologia*. 9. ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMOS, André Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE. O juiz das garantias. *Revista do Advogado*, a. 31. v. 113, São Paulo, p. 101-111, setembro. 2011.

SCHAUER, Frederick. Is there a Psychology of Judging. In: KLEIN, David; MITCHELL, Gregory (ed.). *The Psychology of Judicial Decision Making*. New York: Oxford University Press, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012.

TROIS NETO, Paulo Mario Canabarro. Têmis no divã: fatores irracionais na ponderação constitucional? In: MARCO, Cristhian Magnus de; BELOTTO, Julian Cristopher; GUSBERTI, Anderson Rodrigo (orgs.). *Direitos fundamentais na perspectiva teórica de Robert Alexy*. Tomo VI, Série Direitos Fundamentais Civis, p. 39-70. Joaçaba: Editora Unoesc, 2016.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Moraes da. *Vieses da Justiça. Como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva*. Florianópolis: EModara, 2018.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O juiz das garantias, a estrutura acusatória e as memórias do subsolo: um olhar sobre o PL 8045/10 (Projeto do novo Código de Processo Penal). In: LOPES, Anderson Bezerra; SIDI, Ricardo. *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

DIREITOS HUMANOS NA EXECUÇÃO FISCAL BRASILEIRA

Renato Lopes Becho

Bráulio Bata Simões

RESUMO: Este artigo tem como objetivo mostrar como os direitos humanos foram usados para suprir uma falta essencial na aplicação da lei tributária brasileira, o que implicava que os contribuintes e o Poder Judiciário precisavam esperar cerca de cinco anos por uma resposta da administração tributária. Aplicando os princípios oriundos dos Direitos Humanos, foi possível reduzir o tempo de resposta para aproximadamente três meses, impactando vários casos e a própria postura dos agentes públicos envolvidos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos e Direito tributário. Processo Tributário.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. *Human rights*; 2.1 A Constituição brasileira e os direitos humanos; 2.2. O sistema americano de direitos humanos; 3. Direitos humanos e direito tributário; 3.1. Direitos humanos no Brasil: abordagem filosófica; 3.2 Execução fiscal brasileira e duração razoável do processo: uma abordagem de direitos humanos 4. Aplicação dos direitos humanos no direito tributário em um procedimento brasileiro de execução fiscal; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Um problema significativo na aplicação tributária brasileira é a falta de prazo fixado para os entes fiscais e seus procuradores responderem às demandas judiciais. A Lei Federal n. 6.830/1980, estipula que os contribuintes devem pagar o crédito tributário no prazo de cinco dias após a citação ou indicar bens para sua garantia (artigo 8º); o advogado do executado tem 30 dias para iniciar a defesa (artigo 16), e o procurador (advogado público) tem o mesmo prazo (30 dias) para responder. No entanto, a Lei n. 6.830 não estipula termos para os procuradores em muitas situações. Por exemplo, não existe um prazo para que eles reconheçam o pagamento efetuado pelo contribuinte, além de falta de termo para as autoridades tributárias contabilizarem um pagamento parcial feito após um leilão judicial. Diante de tal constatação, o juiz não pode encerrar o caso no momento oportuno. O Judiciário precisa manter o processo aberto por vários anos após o crédito público ser satisfeito. Nessas circunstâncias, não é raro que procuradores fazendários solicitem ao juiz 90 ou 180 dias para receber a resposta devida dos entes fiscais. A título de exemplo, no Código de Processo Civil não existe uma regra que suporte tanto tempo de espera. Muitos casos acabam sendo encerrados apenas cinco anos ou mais após o pagamento do imposto.

No processo ora analisado, no entanto, o juiz aplicou os direitos humanos e os princípios e regras da legislação para estipular que a resposta após o pagamento deva

ocorrer em cerca de três meses. Depois disso, o processo será encerrado, ainda que não venha a resposta do Fisco.

A mesma decisão se aplica a outras situações e contribui para reduzir uma injustiça relevante da aplicação da lei brasileira, revelando novas áreas para o desenvolvimento dos conceitos de Direitos Humanos relacionados ao Direito Tributário, no Brasil e em outros países.

2. HUMAN RIGHTS

Direitos humanos - *droits de l'homme*, *derechos humanos*, *Menschenrechte*, *human rights* - são, literalmente, os direitos que se tem por ser humano. Os direitos humanos foram desenvolvidos após a Segunda Guerra Mundial, especificamente após os Julgamentos de Nuremberg (1945-1946) e a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Flávia Piovesan, Comissária Brasileira da CIDH, destaca (PIOVESAN, 2011, p. 41):

Nesse cenário, a Declaração de 1948 vem inovar a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa humana é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos, culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

Embora o conceito de direitos fundamentais tenha sido debatido há muito tempo, foi com as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial que o assunto ganhou mais destaque. A evolução histórica dos direitos humanos encontra seu cerne na luta pela sedimentação da dignidade humana em todos os campos do conhecimento humano - social, religioso, filosófico e científico.

A base dos direitos humanos é a dignidade da pessoa humana, juntamente com a limitação do Estado. Sua conquista e respeito são objetivos a serem seguidos por todas as sociedades evoluídas. O valor da dignidade humana é um paradigma jurídico e uma referência ética. Constitui um verdadeiro superprincípio, guia do constitucionalismo contemporâneo nas esferas local, regional e global. O valor da dignidade humana confere racionalidade, unidade e significado superiores à lei neste momento da história.

Os direitos humanos são superiores ao próprio sistema jurídico, constituindo cláusulas supremas que podem ser invocadas por qualquer indivíduo em relação ao

grupo, sociedade ou estado. A ordem legal do país deve ser compatível com essas cláusulas, uma vez que seu desrespeito pode levar a representações internacionais perante os Tribunais Internacionais que buscam proteger tais direitos - através dos sistemas regionais.

O princípio da proibição do retrocesso (*ratchet effect*) é outro aspecto dos direitos humanos. Estabelece que estados de evolução ou conquistas dos direitos humanos de um país não podem ser alterados ou sofrer involuções. Nem mesmo por uma nova ordem ou revolução constitucionalista. Caso contrário, significaria um retrocesso do tratamento constitucional paradigmático. Por exemplo, o Brasil não poderia retroceder anos, décadas e um século de conquistas e adotar a escravidão, mesmo diante de uma revolução e uma nova Constituição.

É por essas razões que entendemos que os direitos humanos revelam um conceito superior ao dos direitos fundamentais, uma vez que, em regra, surgem como direitos humanos reconhecidos pelo Estado em sua Carta Política. Podemos afirmar que os direitos humanos são atemporais e ilimitados, constituindo uma estrutura fundamental para que o ser humano possa viver harmoniosamente na sociedade. Essa noção ou divisão entre direitos fundamentais e direitos humanos significa que o primeiro é uma manifestação de *jus-positivismo*, enquanto o segundo revela sua perspectiva de direito natural, que surge e nasce com o Homem, e, portanto, revela-se anterior e superior à ordem atual. A dignidade da pessoa humana é um valor absoluto que agrega em si todos os direitos humanos e constitui seu fundamento principal.

2.1 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos ocupam uma parte vital da Constituição brasileira. A supremacia da lei encontra um porto seguro no primado da Constituição, formalmente um documento escrito que representa a organização de um Estado e a limitação de poder. Este documento visa instituir um governo não arbitrário, limitado pelo respeito absoluto aos direitos do ser humano.

A Constituição brasileira está comprometida em reafirmar e privilegiar os direitos humanos em nossa soberania e tratamento internacional. Em outras palavras, é natural que um país com dimensões continentais como o Brasil, que desempenha um papel importante na economia internacional, demonstre que abraça toda a evolução protecionista dos direitos humanos de maneira ampla e eficaz.

Direitos humanos são um dos princípios fundadores da República Brasileira (artigo 1º, III); eles são o segundo princípio mencionado em nosso relacionamento internacional (artigo 4º, II) e são especificados no artigo 3º:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O extenso artigo 5º, nossa Declaração de Direitos, possui muitos princípios e regras sobre Direitos Humanos. A título de exemplo:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A Constituição estipula “As disposições que definem direitos e garantias fundamentais são imediatamente aplicáveis” (artigo 5º, parágrafo 1) e comanda expressamente os tratados internacionais adotados pelo país adicionados como parte de direitos e deveres:

Artigo 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Além disso, nossa Constituição reconhece os tratados internacionais de direitos humanos como uma emenda constitucional:

Artigo 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Como visto acima, a Constituição Brasileira adota o conceito de Direitos Humanos e estabelece procedimentos para observá-lo. Mas nosso sistema jurídico nacional de proteção também se submete a uma abordagem mais ampla: o sistema americano de direitos humanos.

2.2. O SISTEMA AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Em 1948, durante a 9ª Conferência Internacional dos Estados Americanos, na Colômbia, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o primeiro

instrumento internacional de direitos humanos do mundo, foi emitida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, listando direitos essenciais ao povo americano, como direito de propriedade privada: “Article XXIII. Every person has a right to own such private property as meets the essential needs of decent living and helps to maintain the dignity of the individual and the home”.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem também especifica algumas conexões entre Direitos Humanos e Direito Tributário, mencionando o dever de pagar impostos: “Artigo XXXVI. “It is the duty of every person to pay the taxes established by law for the support of public services ”.

Apesar da relevância da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, este não é o único documento relevante a respeito do estudo. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou ‘Pacto de San Jose, Costa Rica’ (1969) é o documento mais importante no sistema interamericano de proteção.

Na convenção americana, o artigo 1º ressalta estes deveres:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Já o artigo 2º da Convenção, garante que os direitos declarados pelo artigo 1º devem ser efetivados pela lei ou por outros meios que se façam necessários para dar efetividade a estes direitos ou liberdades.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Mesmo que o Congresso não adotasse condutas legislativas para dar plena eficácia aos Direitos Humanos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Poder Judiciário poderia fazê-lo, de acordo com as “outras medidas” mencionadas acima.

Com relação ao ponto principal do assunto apresentado neste estudo (a aplicabilidade aos Direitos Humanos na execução tributária brasileira), o artigo 8º da Convenção garante um julgamento justo em tempo razoável:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Vez que o artigo 8º menciona expressamente direitos e obrigações de natureza fiscal, não há dúvida de que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos reconhece a lei tributária e sua aplicação. Também é obrigatório que os Estados Membros garantam o direito à proteção judicial se houver uma violação dos Direitos Humanos do contribuinte e dentro de um prazo razoável, pelo qual o artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos esclarece:

Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados-partes comprometem-se:

- a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Tendo estes princípios e regras como influências, é imperativo agora analisar a interação entre os direitos humanos e o direito tributário.

3. DIREITOS HUMANOS E DIREITO TRIBUTÁRIO

À primeira vista, pode-se perceber que a relação entre direitos humanos e direito tributário é rara e complexa, mas essa não é a realidade de uma abordagem técnica. A doutrina dos direitos humanos é muito mais complexa e abrangente. Seus conceitos inundam nosso sistema jurídico e o de outras nações, de modo que sua aplicação deve atingir todos os ramos dogmáticos de nosso objeto de estudo.

As relações entre direitos humanos e as diferentes áreas do direito são tão diversas quanto possível. Atualmente, o direito civil e os direitos humanos chegam a um conceito humanístico da pluralidade de famílias. Tradicionalmente, a conexão entre direito penal e direitos humanos é padrão e repreende qualquer abuso no momento da

punição estatal para os autores. Nesse contexto, a relação entre os direitos humanos e o direito tributário é patente, especialmente tendo o contribuinte como objeto diante de possíveis arbitrariedades cometidas pelos entes fiscais.

Não obstante tais constatações, Philip Alston - Relator Especial das Nações Unidas - mencionou o problema entre a interação dos direitos humanos e o direito tributário. Em 2015, na Declaração de Lima sobre Justiça Tributária e Direitos Humanos, ele apontou que: “No momento, o essencial é que a maioria dos especialistas em direitos humanos não aprecia a centralidade tributária e a grande maioria dos especialistas tributários não compreendem quanto os direitos humanos são relevantes” (ALSTON, 2016).

Ambos os especialistas devem superar essa realidade. O fato é que a execução tributária deve respeitar os direitos humanos do contribuinte. É crucial que a tributação respeite os princípios e regras expressos no sistema jurídico para evitar condutas arbitrárias, que podem resultar em violações de direitos e garantias pessoais.

Mas seria legitimado correlacionar direitos humanos e direito tributário? Qual é o ponto de simbiose entre direitos humanos e direito tributário? Essa interação é apenas acadêmica ou podemos encontrar algumas soluções pragmáticas?

Alguns autores diriam que o princípio da solidariedade fiscal é o escopo mais amplo dessa análise. Esta análise significa que os direitos humanos são garantidos e realizados através do patrocínio de uma tributação efetiva, (HOLMES, 2000, p.44):

Se o direito fosse simplesmente a imunidade da interferência pública, a maior virtude do governo (levando em conta o exercício dos direitos) seria a paralisia ou debilidade. Mas um estado debilitado não pode proteger as liberdades pessoais, até mesmo aquelas que parecem totalmente negativas, como o direito contra a tortura realizada por polícias [...] todos os direitos custam porque todos os direitos pressupõem a colaboração do contribuinte pagador de tributos para sustentar o maquinário efetivo para monitorar e executar.

A afirmação acima sugere que a evolução de um estado liberal para um estado intervencionista, que efetivamente garanta e cumpra suas funções, pressupõe um sistema tributário eficaz - o que concordamos. No entanto, essa não é a perspectiva que pretendemos focar neste artigo. Desejamos relacionar os direitos humanos à lei tributária de outra forma, a do respeito absoluto pelos direitos fundamentais dos contribuintes. Como afirmado, a Constituição brasileira procura evitar a arbitrariedade do Estado e, acima de tudo, respeitar os direitos humanos dos cidadãos.

Sabemos que a concepção contemporânea de cidadania fiscal implica o dever de pagar impostos. No entanto, também impõe que esse dever seja exercido dentro dos estritos limites estabelecidos na Constituição, observando os direitos tradicionais de defesa que deram origem ao liberalismo clássico.

Outro ponto que vale a pena mencionar é que, assim como o direito penal, que trata da liberdade do indivíduo, o direito tributário trata da liberdade material das pessoas, qual seja, o direito de propriedade do ser humano individual. Como já descrito, o conceito de imposto é definido não apenas para proteger o direito humano à liberdade material, mas também para preservar seu direito fundamental à propriedade.

A relação entre direito tributário e direitos humanos tem sido objeto de estudo da doutrina europeia. Em uma análise interessante sobre o assunto, Van Thiel (THIEL, 2009, p. 327) questiona se a tributação pode ser vista sob a lente dos direitos humanos. Concluindo positivamente, ele examina áreas nas quais as normas internacionais de direitos humanos têm impacto na tributação. Van Thiel menciona como exemplos: proteção de propriedade, proteção de privacidade, proibição de discriminação, direito a um julgamento justo e questões processuais, como o direito a uma decisão dentro de um prazo razoável, acesso a evidências, observância do princípio do contraditório e acesso a recursos.

É nítido que a doutrina dos direitos humanos tem uma relação ampla com a tributação, e os instrumentos de proteção internacional servem como alternativas poderosas se as constituições e os sistemas domésticos apresentarem falhas na proteção desses direitos. Guerra e Dorigo afirmam (GUERRA e DORIGO, 2001, p. 439):

Não parece ser razoável asseverar que os direitos humanos, reconhecidos sob leis internacionais, possam ser negados nas situações em que os indivíduos que os demandam têm o status de contribuintes e, portanto, enfrentam autoridades tributárias nacionais. Os contribuintes são, em primeiro lugar, seres humanos e, como tais, fazem jus aos direitos humanos em face do Estado tributante.

Os direitos humanos e o direito tributário foram objeto de consideração pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em várias ocasiões (GREGGI, 2015), incluindo o artigo 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Há vários casos adotando esta interação.

O primeiro exemplo que escolhemos é o chamado caso Darby (1979), envolvendo a não discriminação do contribuinte em questões tributárias. Darby, cidadão finlandês, prestou serviços médicos a uma empresa sueca e foi tributado pela renda na Suécia. Não pretendendo estabelecer residência ali, acabou se beneficiando de uma redução de impostos aplicada aos serviços sociais. A Suécia queria tributar o aluguel integralmente, sem redução, pois ele não era sueco. O contribuinte recorreu ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que reconheceu o direito de Darby de pagar o imposto com uma redução.

A importância de tal julgamento foi que, pela primeira vez, a soberania fiscal do Estado foi relativizada para afirmar uma regra: o objetivo fiscal perseguido pelo Estado deve estar de acordo com a convenção de direitos humanos e com o princípio da proporcionalidade (ROLIM, 2014).

Em outro caso paradigmático, *Van Raalte vs. Holanda*, julgado em 1987, a discussão girou em torno da obrigação de todo cidadão de pagar uma contribuição para a infância, exceto mulheres solteiras com mais de 45 anos de idade. Van Raalte apelou aos tribunais holandeses tendo como fundamento o princípio da igualdade e saiu derrotado. No entanto, em Estrasburgo, acabou vencendo, com base no artigo 14 da Convenção, que estabelece a cláusula de não discriminação.

Como vimos, a interação entre direitos humanos e direito tributário é uma realidade no campo europeu. Mas como é tratado no Brasil?

3.1. DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: ABORDAGEM FILOSÓFICA

Da mesma forma, o Brasil respeita a relação entre Direitos Humanos e Direito Tributário no Brasil. A alta dignidade dos Direitos Humanos, na verdade, se espalhou por todas as áreas relevantes da legislação com inúmeros artigos destacados na Constituição Brasileira, inclusive o Sistema Constitucional Tributário.

A respeito da doutrina nacional, um livro acadêmico essencial é *Direitos humanos e tributação: imunidades e isonomia*, de Ricardo Lobo Torres. Nele, o Professor de Direito Financeiro e Tributário explora imunidades (intergovernamentais, templos, partidos políticos e outros) e o princípio da igualdade no direito tributário sob os holofotes dos Direitos Humanos. Destacamos suas palavras: “O poder de tributar nasce no espaço aberto pelos direitos humanos e por eles é totalmente limitado. O Estado exerce seu poder tributário sob a limitação permanente dos direitos fundamentais e de suas garantias constitucionais” (TORRES, 1995, p. 13).

Outro exemplo é *A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação*, de Alberto Nogueira (NOGUEIRA, 1997, p. 178), obra focada em considerações mais gerais sobre os Direitos Humanos, analisando a história desde as Revoluções Americana e Francesa e a importância da tributação para um país e o desenvolvimento da lei:

a) que no âmbito da tributação os ‘direitos’ se harmonizam com os deveres integrando-se no esquema ‘direitos/deveres’, à semelhança de outras categorias de direitos da terceira geração, em especial da ecologia; b) que existe uma dimensão individual do tributo e outra coletiva; c) que o contribuinte e ao mesmo tempo devedor (na perspectiva individual) e credor (enquanto inserido no grupo e na sociedade); d) não se pode deixar de reconhecer-lhe, em qualquer hipótese, o legítimo interesse (e o direito) de sofrer o impacto da tributação dentro dos cânones previstos na Constituição, com todas as garantias correspondentes) e, ainda, de ver aplicados os mesmos princípios e critérios aos outros membros da sociedade; e, por último, de que é cada indivíduo – e não o Estado – o titular do poder (limitado) de tributar.

Em relação ao nosso sistema judicial, o Supremo Tribunal Federal (STF) já considerou, por exemplo, o princípio da anterioridade tributária, conforme previsto no ar-

tigo 150, item III, da Constituição Federal de 1988, como garantia humana do contribuinte. Também se manifestou, em uma oportunidade diferente, da seguinte maneira:

Os princípios constitucionais tributários, assim, sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar do Estado, esses postulados têm por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete à imperatividade de suas restrições⁸⁵⁶.

O Estado brasileiro está proibido pela Constituição (artigo 150, I) de “impor ou aumentar um imposto sem lei que o estabeleça”, o que significa que é proibido ao Governo cobrar mais impostos do que os estipulados por lei. Esse tipo de regra está sincronizado com os valores da doutrina dos direitos humanos, mediante a proteção do contribuinte, observando o princípio da imposição legal (LISBOA, 2016, p. 8). Mas também, por outro lado, se a lei não se vincular aos valores dos direitos humanos, ela deverá ser superada.

Desta feita, os Direitos Humanos, como visto acima, são superiores ao próprio sistema jurídico e assumem uma nova força como categoria filosófica que aparentemente pode anular regras estabelecidas pelo Poder Legislativo, caso se identifique regras contrárias ao espírito da justiça (pós-positivismo). Isso significa que a legislação tributária brasileira pode receber uma nova abordagem e continuar sua história.

O direito tributário brasileiro experimentou desenvolvimentos significativos após 1965 pela Emenda Constitucional n. 18 (Carta de 1964) e o Código Tributário Nacional (1966). Embora editados durante a Ditadura Militar (1964-1985), ambos os documentos legais consolidaram que apenas a lei (estatutos dos Parlamentos) deveria criar impostos.

No entanto, foi um período sombrio em que o governo não pôde ser confrontado livremente, o que resultou na redução da lei pelos estatutos. Em outras palavras, o Direito Tributário experimentou sua evolução durante um tempo em que não havia espaço suficiente para conectá-lo aos Direitos Humanos.

Por esse fato, o mais influente professor de Direito Tributário brasileiro, Geraldo Ataliba (1936-1995), concentrou sua força intelectual no Princípio da Legalidade. No entanto, Ataliba dedicou sua atenção a outros princípios relacionados a valores como igualdade (limitada durante o governo militar), capacidade econômica, tributação não confiscatória e outros. Depois dele, outro professor crítico, Paulo de Barros Carvalho, concentrou seus esforços na teoria da lógica e da linguagem, aplicando-os no direito tributário.

O resultado dessa situação foi que, durante décadas, uma das universidades de maior prestígio em tributação brasileira, a PUC / SP, estudou estritamente o jus-positivismo (GRECO, 2008, p. 100). Por exemplo, alguém que quisesse se concentrar em

856 Supremo Tribunal Federal (STF), ADIn nº 712/DF (Plenário, j. 07/10/1992, DJU de 19/02/1993, p. 32, rel. Min. Celso de Mello).

Filosofia do Direito no curso de mestrado, particularmente após a morte de Ataliba, ficaria frustrado - pelo menos nas universidades de São Paulo. Havia espaço limitado para o estudo de não positivistas ou para tentativas de aplicar outros princípios e conectar outras doutrinas novas sobre Direito Tributário além da Lógica, da Teoria da Linguagem e dos princípios positivos na PUC / SP e ou na USP.

A lógica e a linguagem eram e ainda são essenciais no Direito Tributário, pois são relevantes em qualquer ciência social. No entanto, é empobrecedor concentrar-se apenas nesses campos de estudo.

Os limites estreitos para estudar Direito Tributário na PUC / SP e USP começaram a mudar com uma nova geração de acadêmicos, “como Heleno Torres, Humberto Ávila, Luiz Eduardo Schoueri, Renato Lopes Becho, Roberto Quiroga Mosquera” (MARINS, 2015, p. 125). Na tese de habilitação “Filosofia do Direito Tributário” apresentada na USP, após a publicação (BECHO, 2009), podemos verificar muitos assuntos filosóficos apresentados, como Epistemologia, Teoria dos Valores e Metafísica; Filosofia moral; e Filosofia do Direito. Neste último, o foco foi o Direito Natural, o Jus-Positivismo, o Jus-Realismo e os Direitos Humanos.

Uma divisão da filosofia do direito como essa não é absoluta, como a sempre atual obra *Antígona*, por (SÓFOCLES, 1997, p. 45), pode indicar:

Zeus não me anunciou essas leis. E a Justiça vivendo com os deuses não enviou tais leis para os homens. Não pensei em nada que você proclamou ser suficientemente forte para permitir que um mortal substituísse os deuses e suas leis não escritas e imutáveis. Eles não são apenas para hoje ou ontem, mas existem para sempre, e ninguém sabe onde eles apareceram pela primeira vez.

Nos parece, inclusive, que o julgamento de Nuremberg aplicou esse senso de justiça.

Há uma discussão sobre a natureza dos direitos humanos. Pode ser uma disciplina ou uma categoria filosófica. Na segunda possibilidade, os Direitos Humanos são uma divisão da filosofia jurídica, como o Direito Natural ou o Positivismo, ou, pelo menos, parte de um deles. O professor italiano Francesco D’Agostino trabalha nesse sentido (D’AGOSTINO, 2000, p. 69), direitos humanos como uma categoria, afirmando que os direitos humanos são a nova maneira de celebrar o direito natural.

Os direitos humanos podem ser considerados jusnaturalismo porque alguns valores são universais:

A noção de direito é mutável, mesmo os denominados direitos humanos evoluíram com o tempo. Mas, neste ponto não podemos nos esquecer de valores que são imutáveis, supremos e universais, como a vida, a liberdade, a honra etc. É a dimensão jusnaturalista, pelo qual os direitos humanos são válidos para todos os povos e em todos os tempos. O núcleo básico dos direitos humanos é algo absoluto. São direitos universais, imutáveis e que surgem da própria natureza humana. (SIQUEIRA, 2010, p. 42).

Em resumo, há um movimento acadêmico e conclusões (declaradas acima) envolvendo Direitos Humanos e Filosofia, bem como Direitos Humanos e o desenvolvimento da doutrina do Direito Tributário Brasileiro. Com base nesta constatação, eventualmente, a teoria foi aplicada para resolver um problema essencial no processo judicial tributário, especificamente na execução fiscal: a análise pragmática do direito humano e do direito tributário mencionada no início deste artigo.

No entanto, antes de entrar no caso em si, é essencial dedicar algumas palavras ao Procedimento de Execução Fiscal no Brasil, pois está relacionado à solução apresentada.

3.2 EXECUÇÃO FISCAL BRASILEIRA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: UMA ABORDAGEM DE DIREITO HUMANOS

No sistema tributário, a lei brasileira estipula que o pagamento extingue os impostos fiscais (Código Tributário Nacional, artigo 156, I). No entanto, é possível que no Brasil, a execução tributária possa persistir por muitos anos após o pagamento dos tributos, o que é proibido pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em relação à execução fiscal, pode ser útil explicar alguns pontos. (1) Não há regra estipulando prazo para que o procurador ou os entes fazendários respondam aos juízes na Lei de Execução Fiscal. (2) Os tribunais consideram que os juízes não podem reconhecer o pagamento de tributos. (3) A figura impressionante de processos judiciais representados pelo direito tributário. (4) A administração tributária federal utiliza dispositivos de alta tecnologia contra contribuintes.

Primeiramente, existe uma falta essencial de regulamentação na lei brasileira em relação ao tempo para a administração tributária responder, especialmente na Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830 de 1980). Não há prazos para a Receita Federal do Brasil - RFB. Em situações como pagamento e outras discussões, a lei estabelece principalmente prazos para os contribuintes e seus advogados, mas não para os Procuradores Fiscais e muito menos para a RFB.

A título de exemplo, o artigo 8º da Lei n. 6.830 / 1980 determina que os contribuintes paguem no prazo de cinco dias após a citação ou indiquem bens para penhora, ou o Judiciário deverá proceder à penhora de bens. Depois disso, os advogados do contribuinte (réu) têm 30 dias para iniciar a defesa (artigo 16), e o procurador tem o mesmo prazo (30 dias) para responder. A falta, então, é que: a lei não estipula um tempo para os entes fiscais e seus procuradores responderem às demandas judiciais, quer seja a respeito de pagamentos realizados ou de outros temas relevantes.

Considerando que existe um problema significativo de comunicação entre a o Fisco Federal e seus representantes judiciais, é comum que os procuradores em execução fiscal solicitem 90 ou 180 dias, sucessivamente, para responder ao juiz. No entanto, eles

acabam respondendo ineficientemente após cinco anos ou mais. Não há quase nada a fazer sobre esse fato, porque os Tribunais Regionais e Superiores determinaram que os juízes devem esperar, enquanto a administração tributária o desejar.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF 3) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), consideraram que apenas a agência tributária deve reconhecer pagamentos. Parece que os juízes brasileiros não podem fazê-lo ou nem mesmo determinar a suspensão dos efeitos indiretos da execução fiscal.

É relevante explicar brevemente o efeito direto e indireto de um pagamento não tributário. Existem dois sistemas de execução no Brasil. Um deles está implícito, o que significa que está organizado para forçar o pagamento pelo devedor. O método direto envolve o Judiciário, que pode tomar algumas propriedades do devedor, vendê-las e entregar o resultado ao credor.

Se a RFB identificar que o contribuinte não cumpriu seu dever, uma carta será enviada a ele em 30 dias notificando a dívida e informando as consequências do não pagamento, que envolve uma multa mínima de 20%, taxas administrativas de 10% e também formas diretas e indiretas de execução, tais como o protesto da dívida.

O primeiro sistema, a execução fiscal indireta, é a inclusão do nome de um contribuinte no Banco de Dados de Créditos Não Pagos do Setor Público Federal (CADIN), que é um registro federal dos inadimplentes. A inclusão do nome do contribuinte no CADIN resulta em muitas restrições em sua vida econômica. Este não pode transferir propriedades como carros ou casas; não pode receber empréstimos de bancos ou obter cartões de crédito; não pode contratar com o Poder Público de qualquer parte do país, incluindo estados, municípios, agências ou fundações públicas. Nesse sentido, restringe significativamente os negócios do contribuinte.

Por lei, após 90 dias após a Receita Federal ter enviado uma carta ao contribuinte informando-o do não pagamento, a RFB notificará a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), que iniciará a execução direta.

Posteriormente, a PGFN enviara ao contribuinte outra carta explicando que o pagamento não foi reconhecido. Após essa etapa, o PGFN aumenta a dívida em 10%, como outra taxa administrativa, e inicia a execução judicial (sistema direto de execução fiscal). É intuitivo considerar que, se o contribuinte não tiver nenhuma propriedade para transferir ou não precisar de um empréstimo ou cartão de crédito, o sistema indireto não produzirá nenhum resultado.

O segundo sistema, o método direto de execução fiscal (pelo judiciário), pode produzir, com eficiência, resultados diferentes se o contribuinte tiver bens. Os juízes, por outro lado, podem penhorar propriedades (bens, carros, dinheiro e outros), vendê-los em ofertas públicas e satisfazer a dívida com eles. No entanto, algumas decisões

judiciais ainda consideram que os juízes não podem reconhecer o pagamento de impostos ou, em muitas situações, suspender os efeitos indiretos da execução fiscal até que a RFB termine o processo interno de análise e captura do pagamento.

Também é essencial levar em consideração o número impressionante de processos judiciais tributários no Brasil. O sistema tributário constitucional brasileiro é sofisticado e bem estruturado. Não obstante, pragmaticamente falando, há muitos problemas na aplicação da Constituição Federal. Uma delas é flagrante: a inundação de regras tributárias criadas todos os dias no Brasil, algo em torno de 45 novas normas sobre direito tributário por dia, o que ofende a razoabilidade. Para lidar com isso, as empresas no Brasil devem contratar muitos especialistas em Direito Tributário e a um custo elevado, pois esses profissionais precisam estudar, frequentemente, as novas regras.

Interessante também destacar a enorme litigiosidade envolvendo o direito tributário no Brasil. Segundo uma pesquisa (SADEK, 2018), o agronegócio tem 25,5 vezes mais casos tributários no Brasil do que no Chile e 10,2 vezes mais que na Argentina; as empresas financeiras têm 7.000 vezes mais casos de direito tributário no Brasil do que no Chile. Quase 40% dos processos judiciais (casos) no Brasil são de execução fiscal, que é uma das questões mais significativas para o Poder Judiciário. Um olhar frio para estes números impressionantes não explica o significado real por detrás destes dados. Poder-se-ia cogitar que quase todos os brasileiros não pagam seus impostos espontaneamente, algo que não é verdade.

As execuções fiscais judiciais foram de 28,8 milhões de ações judiciais em 1º de janeiro de 2016, 39% dos 74 milhões de processos judiciais em andamento. Sobre o imposto de renda, os brasileiros enviaram 28,3 milhões de autoavaliações em 2017. Em 2015, 2,6 milhões de execuções fiscais começaram no Brasil, 95% delas não terminaram no mesmo ano.

Esses números indicam, de fato, que pouquíssimos brasileiros não pagam seus impostos. A execução fiscal é inferior a 10% das auto declarações do Imposto de Renda. Houve 28,3 milhões de declarações de imposto de renda e 2,6 milhões de novas execuções fiscais, que são apenas uma das dezenas de impostos cobrados por diferentes entidades em nossa Federação, composta pela União, Estados, DF e Municípios. Com foco em apenas no ente Federal, o PGFN tenta receber 33% do PIB (1,8 trilhão de reais, cerca de 530 bilhões de dólares), o mesmo que todas as entidades tributárias conseguem arrecadar em um ano. Em 2015, os entes arrecadaram 1,9 trilhão de reais, cerca de 560 bilhões de dólares. No entanto, alguns dos casos de execução fiscal começaram na década de 1960 e ainda estão em andamento em 2020.

Existem muitos motivos para cerca de 28 milhões de execuções fiscais em andamento. Uma delas é que o Poder Executivo Federal não aplica a lei (Decreto-Executivo nº 1.687 de 1979), pois aguarda 5 anos para iniciar a execução fiscal judicial, ao passo

que a lei ordena o início da execução fiscal em 6 meses. Outro obstáculo é que existe um problema de comunicação significativo entre a Receita Federal do Brasil - RFB e a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN.

Quando um procurador precisa de uma informação da RFB, frequentemente precisa exigir que um juiz federal peça à RFB que lhe envie a resposta. É um sistema não racional (um cliente público que não fala com seu advogado público, sendo obrigado a pedir a um juiz que intervenha e determine a produção de informações públicas). Outro fato é que entes fiscais aplicam a lei a partir da década de 1960, reforçado em 2016, respondendo que possui cinco anos para analisar qualquer procedimento.

Também é essencial considerar que a RFB é muito bem desenvolvida em relação aos dispositivos de tecnologia utilizados. Por exemplo, os contribuintes devem usar excelentes sistemas eletrônicos públicos para declarar e pagar os seguintes tributos: (i) importação de produtos estrangeiros e (ii) rendimentos e ganhos de qualquer natureza (CF, art. 153, I e III). Esses sistemas eletrônicos são executados em computadores domésticos, tablets e smartphones. A maioria dos contribuintes brasileiros faz suas declarações online. Em 2017, 28,3 milhões de pessoas declararam imposto de renda federal (cerca de 13% da população brasileira).

As grandes empresas brasileiras devem usar um programa automatizado chamado Sistema Público de Escrituração Digital - SPED (Sistema Público de Escrituração Digital). O SPED permite que a RFB veja online, instantaneamente, todas as operações da conta, como pagamentos bancários a fornecedores, funcionários, impostos e outros. Todas as entidades coletoras de impostos brasileiras recebem cerca de 33% do PIB (nos EUA, é 26,4%).

Tendo explicado o problema até agora, é útil resumir os pontos acima mencionados antes de continuar este artigo, centralizado na competência federal. (1) A Constituição Federal do Brasil coloca os direitos humanos em uma grande perspectiva. (2) O Sistema Americano de Direitos Humanos aplica-se ao Direito Tributário. (3) Ambos instrumentos reconhecem que os contribuintes têm direito a uma duração razoável dos processos. (4) Esperar cinco anos para a aprovação de um pagamento não é razoável. (5) Os juízes não podem substituir os entes fiscais e verificar o pagamento com seus efeitos completos. (6) Há um número impressionante de processos judiciais referentes ao direito tributário. (7) A RFB possui dispositivos de alta tecnologia.

4. APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO EM UM PROCEDIMENTO BRASILEIRO DE EXECUÇÃO FISCAL

Se um contribuinte deve pagar tributos, o Governo deve oferecer serviços públicos, incluindo acesso ao Poder Judiciário, reconhecido pela Constituição Federal Brasileira, artigo 5º, XXXV. Um dos deveres do Poder Executivo é equilibrar o direito de

propriedade (CF, art. 5º, XXIII: “o direito de propriedade é garantido”), com o dever de pagar impostos (Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, artigo XXXVI, citado acima).

Conforme mencionado no início deste artigo, durante o processo de um caso, um juiz federal aplicou Direitos Humanos no âmbito da execução fiscal. Foi o caso da União Federal contra Lídia M. B. Cava (Processo nº 2003.61.82.074579-2). Este caso foi paradigmático, tendo ocorrido a apicação, em conjunto, dos Direitos Humanos e do Direito Tributário para trazer os valores apresentados na Constituição Brasileira com o intuito de resolver uma questão tributária judicial prática.

Para entender como a técnica legal foi aplicada, precisamos examinar alguns fatos específicos do caso. A Sra. Cava teve uma fazenda desapropriada por reforma agrária pela União Federal. A senhora Cava não aceitou a avaliação oficial. Em seguida, o governo federal pagou por um depósito feito em uma conta bancária judicial. No entanto, a União Federal iniciou uma execução fiscal contra a Sra. Cava. A conta bancária judicial em que a União Federal depositou o dinheiro da expropriação foi bloqueada para garantir o pagamento da execução fiscal.

Em 2009, o Parlamento aprovou uma nova lei que oferecia um desconto significativo aos contribuintes. A Sra. Cava reconheceu que esse desconto era superior à diferença (excedente) solicitada no caso de desapropriação da fazenda. Ela queria pagar o imposto usando o dinheiro depositado na conta oficial e recuperar a diferença.

Em 6 de novembro de 2009, o advogado da contribuinte informou os juízes (tanto do caso de desapropriação agrícola como da execução fiscal) e, também, o procurador da fazenda nacional. Todos concordaram com o pagamento. Em resumo, o Judiciário transferiu o dinheiro do primeiro caso para o segundo; o juiz ordenou o pagamento do imposto em 16 de novembro de 2009. Depois disso, a Sra. Cava pediu a diferença (o dinheiro a ser recebido do caso de expropriação da fazenda).

Não obstante a concordância e o pagamento integral efetuado, o procurador da fazenda nacional informou que a Receita Federal do Brasil (RFB) não havia concluído o procedimento para reconhecer o pagamento; assim, ele pediu ao juiz noventa dias para resolver o problema. De 8 de março a 10 de maio de 2010, o juiz intimou cinco vezes o procurador para informar se a RFB havia concluído o processo. O procurador sempre respondia, pedindo mais tempo (no total, o procurador exigia mais de cento e oitenta dias). Naturalmente, o advogado da contribuinte não aceitava.

Essa situação não é nova para o Judiciário: quando uma conta judicial é responsável pelo pagamento do imposto, a RFB gasta mais de cinco anos para reconhecê-lo. No entanto, no caso da Sra. Cava, o juiz decidiu aplicar os Direitos Humanos em vez de esperar tanto tempo em uma flagrante violação dos Direitos Humanos do contribuinte.

Como visto, todos os argumentos explicados acima estão conectados. A estipulação de um prazo razoável para os órgãos administrativos federais (procurador da Fazenda Pública e RFB) tem sido imperativa para reconhecer pagamentos em processos judiciais. No entanto, qual é o tempo razoável quando existem milhões de casos em andamento?

Parece claro que apenas cinco dias ou duzentos dias não estão certos.

Considerando que não há prazo estabelecido com base em lei ou em decisões judiciais, a solução pode mostrar algumas possibilidades. Como mencionado por Michael Zander (ZANDER, 2015, p. 357), o juiz pode decidir com atividade ou inatividade. Nesse caso, a inatividade pode ser sinônimo de esperar por um longo prazo pelo procurador, algo como cinco anos. A atividade pode ser uma decisão unilateral, como cinco dias ou um mês. No caso da Sra. Cava (BECHO, 2018, p. 162), o juiz ajustou os termos designados de outras situações e os aplicou na decisão. Alguns artigos do Código de Processo Civil - CPC foram utilizados aplicando a analogia para estabelecer prazos para os entes fiscais, como mostra este artigo.

Considerando todos os princípios e regras reconhecidos pelo sistema americano de direitos humanos e pela Constituição brasileira mencionados acima, é obrigatório agora analisar a legislação brasileira usada na decisão do caso União Federal / Lidia Cava. Duas leis foram aplicadas: Lei de Execução Fiscal (Lei Federal nº 6.830/1980) e o Código de Processo Civil (CPC). Quando a regra mencionada foi emitida, o Código de Processo Civil de 1973 estava em vigor. Agora, existe um novo Código de Processo Civil de 2015. Não há diferenças significativas entre eles no assunto ora analisado.

O Artigo 1º da Lei de Execução Fiscal (LEF) reconhece que, quando não existe outra regra aplicável na execução fiscal, o CPC pode ser empregado.

Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Na LEF, não há obrigações para os advogados das Finanças Públicas responderem a questões judiciais, apenas para contribuintes e seus advogados. Para estipular um prazo para os procuradores públicos que atuam na execução fiscal, os juízes devem estabelecer regras pelo Código de Processo Civil, autorizado pelo artigo 1º da LEF. No artigo 139 do CPC, existem regras sobre como um juiz deve conduzir o caso:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; [...]

É crucial que juízes, advogados, procuradores públicos e todas as pessoas envolvidas em processos judiciais respeitem os termos previstos em lei, conforme estabelece o artigo 218 do CPC (“Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei”). Contudo, às vezes não há prazo prescrito por lei, de forma que caberá ao juiz o estipular (CPC, Artigo 218, parágrafo 1: “Quando a lei foi omissa, o juiz determinará os prazos em consideração à complexidade do ato”). Outra regra geral designa que pode levar cinco dias:

CPC, artigo 218:

§ 3º Inexistindo preceito legal ou prazo determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte.

Os artigos 183, §1º, CPC, e o artigo 25 da LEF estabelecem a mesma regra:

Art. 25 - Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente.

Parágrafo Único - A intimação de que trata este artigo poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria.

Como o Judiciário deve enviar todos os documentos do caso para a RFB, às vezes cinco dias não são suficientes. Em seguida, o CPC estipula que os procuradores públicos devem receber prazos em dobro:

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

No entanto, na execução fiscal brasileira, dez dias não poderiam ser um prazo razoável, porque é comum que os juízes enviem milhares de casos a procuradores por semana. Levando esse fato em consideração, o juiz no caso da Sra. Cava adotou o CPC, artigo 355: “O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, [...]”. Mas 15 dias também não foram suficientes.

Como resultado, combinando o prazo estabelecido no artigo 355 e considerando o artigo 183, foram concedidos 30 dias ao procurador da Fazenda nacional para responder ao juiz. No entanto, a regra de ouro para o caso da Sra. Cava é o artigo 485 do CPC:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

[...]

§ 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

Neste sentido, o juiz estipulou três prazos para os procuradores (PGFN) no caso da Sra. Cava: primeiro, trinta dias; segundo, trinta dias novamente; finalmente, cinco dias. Depois disso, o juiz decidiu o caso. O contribuinte estava livre para receber o dinheiro excedente da expropriação da fazenda.

Não obstante os sólidos argumentos, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF 3) reverteu o julgado com base na regra de aplicação do Princípio da Supremacia do Interesse Público. Depois disso, o Juiz Federal reabriu o caso para o procurador da Fazenda nacional que, após alguns meses, reconheceu o pagamento e uma regra encerrou o caso. Entretanto, depois disso, o Superior Tribunal de Justiça - STJ determinou que os juízes podem decidir da maneira descrita⁸⁵⁷.

No entanto, em outra lei posterior (Lei nº 13.202 de 2015, artigo 6º, parágrafo único), que também reabriu um novo desconto para estimular os contribuintes a resolver tributos “antigos”, o Parlamento brasileiro decidiu que a administração tributária tem cinco anos para confirmar o pagamento. Parece inconstitucional em confronto com o Princípio de Eficiência Administrativa e o Princípio da Duração Razoável do Processo.

Atualmente, o TRF 3 confirma regras aplicando os mesmos argumentos na maioria dos casos⁸⁵⁸, mas não em todos eles. Os procuradores devem confirmar o pagamento ou qualquer outra informação exigida pelo juiz em no máximo três oportunidades, a primeira em trinta dias; a segundo no mesmo termo; a terceiro e a último em cinco dias. Concluindo que, sem uma resposta útil (que inclui pedir mais tempo para responder), geralmente, o caso é julgado favoravelmente ao contribuinte.

5. CONCLUSÃO

A interação entre direitos humanos e direito tributário é evidente. A relação deve ser aplicada e protegida em todo o mundo. De qualquer forma, os estados devem evitar violações desejadas, desatentas ou acidentais dos direitos humanos do contribuinte.

No Brasil, a interação entre Direitos Humanos e Direito Tributário também é adotada, não apenas por nossas leis, mas também em casos específicos, como o apresentado neste artigo. A falta de prazo para entes fiscais e seus procuradores responderem às demandas judiciais da Lei Federal nº 6.830/1980 foi superada aplicando, no início, o Sistema Americano de Direitos Humanos; depois disso, o juiz aplicou a Constituição Federal e o Código de Processo Civil. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região reverteu

857 Superior Tribunal de Justiça, Apelação n. 1.120.097 – SP. Rel. Luiz Fux. DJU 13/10/2010.

858 Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Apelação nº 0032109-87.2004.4.03.6182/SP.

o julgado. No entanto, após algum tempo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aceitou o mesmo resultado alcançado pelo juiz federal. Atualmente, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região confirma as regras com os mesmos argumentos. Esse caso indica que os profissionais do direito podem usar os Direitos Humanos em diferentes circunstâncias. Considerando que a lei é uma referência cultural, argumentos sólidos rejeitados uma vez podem ser aceitos posteriormente, quando a conjuntura social é mais favorecida.

Os direitos humanos são um valor fundamental para o direito. No entanto, as referências culturais estão sujeitas a identificar evoluções e também regressões. A Lei nº 13.202/2015, em seu artigo 6º, parágrafo único, estipula que as autoridades fiscais federais, bem como os procuradores das fazendas públicas, podem confirmar os pagamentos em cinco anos. Isso contradiz os direitos humanos e a Constituição Federal brasileira, significando um retrocesso inadmissível.

BIBLIOGRAFIA

- ALSTON, Philip. <https://blogs.oxfam.org/en/blogs/16-01-26-tax-justice-human-rights-essay-competition/>
- BANNING, Theo R.G. Van. *The Human Right to Property*. Oxford: Intersentia, 2001.
- BECHO, Renato Lopes. *Execução fiscal: análise crítica*. São Paulo: Noeses, 2018, p. 162-182.
- BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- D'AGOSTINO, Francesco. *Filosofia del diritto*. 3 ed. Torino: Giappichelli, 2000.
- DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. London: Cornell University Press, 2003.
- GRECO, Marco Aurélio. “Três papéis da Legalidade Tributária”. *Legalidade e tipicidade no Direito Tributário*. Ricardo Lodi Ribeiro, and Sergio André Rocha (coord). São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- GREGGI, Marco. *Human Rights and Tax Law*: <<http://www.dirittotributario.eu>>.
- GUERRA, Roberto Cordeiro. DORIGO, Stefano. *Taxpayer's Rights as Human Rights During Tax Procedures. Human Rights and Taxation in Europe and the World*. Coordenação KOFLER, Georg; MADURO, Miguel; PISTONE, Pasquale. Ed. IBDF, 2001.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of Rights*. Ed. Lightning Source, 2000.
- LISBOA, Jucira Maria de Mello Vianna, *Brazilian Tax Law and the principle of legality*, p. 8 (São Paulo: Claris, 2016).
- MARINS, James. “The Pierre Bourdieu's Theory of Scientific Field and the Brazilian Tax Law Science”. *Revista Direito Tributário Atual*. n. 34. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT/Dialética, 2015, p. 120-156.
- NOGUEIRA, Alberto. *A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROLIM, João Dácio. *Proportionality and Fair Taxation*. Alphen aan den Rijn (The Netherlands): Wolters Kluwer, 2014.
- SADEK, Maria Tereza. *Aspectos do contencioso jurídico das empresas no Brasil em contraste com Argentina e Chile*. São Paulo: CEDES, 2018.
- SIMÕES, Bráulio Bata. *Execução fiscal e dignidade da pessoa humana*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. OLIVEIRA, Miguel A. M. de. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SÓFOCLES. *Antígona*. Intr., versão e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Brasília: UnB, 1997.

THIEL, Van. *The Confédération Fiscale Européenne at 50 years*: Commemorative book issued on the occasion of the 50th anniversary of the CFE with a special focus on taxpayer rights and taxpayer charters. Brussel: DATEV, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *Direitos humanos e tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

ZANDER, Michael. *The law-making process*. 7. ed. Oxford: Hart, 2015.

AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Lillian Pflieger

RESUMO: As constatações dos efeitos das alterações climáticas mundiais nas últimas décadas têm aumentado a preocupação da comunidade internacional com as medidas adotadas pelos governos locais para dar efetividade aos compromissos assumidos em documentos internacionais. Percebeu-se que a formulação de pactos internacionais por si só não encontra equivalência com a concretização de medidas eficazes para alcançar as metas almejadas. Nesse contexto, denota-se que a questão climática tem sido levada aos Tribunais domésticos e também à Corte Interamericana de Direitos Humanos, com vistas a fazer cumprir as obrigações assumidas pelos Países na ordem jurídica interna e externa. Desta forma, os objetivos do presente artigo são analisar, brevemente, o aspecto atual quanto às alterações climáticas mundiais; apontar os principais documentos normativos e políticas públicas sobre mudanças climáticas na ordem global, bem como no âmbito dos Países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos; e examinar alguns casos submetidos à via litigiosa e as decisões tomadas, com enfoque nos Países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos. O método de pesquisa utilizado foi o indutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, a partir das seguintes fontes: doutrina, legislação e jurisprudência. Como resultado da revisão bibliográfica, o artigo defende que a submissão da questão climática aos Tribunais domésticos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos, contribui para a adoção de medidas mais contundentes para o cumprimento das obrigações pelos responsáveis no que se refere à questão climática.

PALAVRAS-CHAVE: Mudanças climáticas. Direitos humanos. Litigância judicial.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Mudança climática: breve panorama da situação global; 3. A ordem jurídica global, regional e doméstica sobre o clima; 3.1 Âmbito global; 3.2 Âmbito regional – Sistema americano; 3.3 Normas internas sobre o clima no Brasil; 3.4 Política doméstica sobre o clima em outros países da América

3.4.1 América do Norte; 3.4.2 América do Sul; 3.4.3 América Central; 4. Como tem sido as demandas aos Tribunais sobre mudanças climáticas?; 4.1 Tribunais domésticos; 4.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos; 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A preocupação com as mudanças do clima tem aumentado na comunidade internacional e em âmbito doméstico, em vista da maior frequência de eventos decorrentes, como secas, enchentes, escassez de alimentos, aumento do nível do mar, derretimento das geleiras, dentre outras.

Os impactos das mudanças climáticas globais sobre os ecossistemas e sobre a vida da população são graves, impondo a criação de um sistema de governança global para o clima.

A adesão a acordos e pactos internacionais demanda medidas que confirmem maior efetividade aos compromissos firmados para a mitigação de gases de efeito estufa e demais causas das mudanças climáticas.

Na última década, observa-se que o tema das mudanças climáticas tem sido levado aos Tribunais, os quais têm proferido decisões importantes para o combate ao aquecimento global, levando governos a considerar as mudanças climáticas na elaboração de políticas públicas.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende analisar de que modo esses casos levados aos Tribunais domésticos e Cortes internacionais têm sido apreciados e em que medida podem contribuir para que os objetivos traçados no regime climático internacional possam ser concretizados.

Para tanto, no primeiro capítulo, busca-se apontar alguns dados sobre a situação atual das mudanças climáticas no mundo, para compreender as razões do crescimento da problemática na agenda das Relações Internacionais.

No segundo capítulo, pretende-se citar as principais normas elaboradas nos âmbitos internacional, regional e doméstico sobre o tema de mudanças climáticas.

Ao final, no terceiro e último capítulo, pretende-se mencionar alguns casos litigiosos sobre o tema no âmbito dos Tribunais Domésticos do continente americano e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em demandas voltadas ao cumprimento dos objetivos internos e externos quanto à política de mudanças climáticas.

Não há pretensão de esgotar o tema, que, por sua relevância no presente e no futuro, demanda ser constantemente revisitado, a fim de que as ações de combate às causas de mudanças climáticas evoluam.

Também não se pretende propor que a via litigiosa seja a melhor medida, em detrimento de soluções consensuais, do desenvolvimento de políticas públicas, dentre outros mecanismos.

Utilizou-se, no desenvolvimento da pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pela técnica da pesquisa bibliográfica.

2. MUDANÇA CLIMÁTICA: BREVE PANORAMA DA SITUAÇÃO GLOBAL

Desde 1990, a comunidade científica internacional concluiu que as atividades humanas pós-Revolução Industrial potencializaram o efeito estufa de modo artificial e prejudicial ao planeta com a liberação exacerbada de gases poluentes na atmosfera, con-

forme o Primeiro Relatório de Avaliação do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC, 1992).⁸⁵⁹

O Quinto Relatório de Avaliação do IPCC (2014) aponta que, globalmente, algumas repercussões das mudanças no clima já observadas incluem o aumento na temperatura, nas precipitações, na acidificação dos oceanos, no nível do mar, assim como a maior recorrência e intensidade de fenômenos naturais como furacões, secas e enchentes, causados pelas mudanças climáticas (IPCC, 2014).⁸⁶⁰

Consta que, no decorrer da história, os países desenvolvidos têm sido responsáveis pela maior parte das emissões de gases de efeito estufa, mas os países em desenvolvimento vêm aumentando consideravelmente suas emissões (IPCC, 2014).

Consoante o referido relatório, cada uma das últimas três décadas tem sido sucessivamente mais quente na superfície da Terra do que em qualquer outra década anterior desde 1850. O período de 1983 a 2012 foi provavelmente o período mais quente de 30 dos últimos 1400 anos no Hemisfério Norte. A temperatura da superfície terrestre e oceânica média, globalmente combinada, com dados calculados por uma tendência linear, mostram um aquecimento de 0,85° Celsius no período de 1880 a 2012 (IPCC, 2014).

De acordo com o Relatório Síntese do IPCC de 2014, as emissões antropogênicas de gases de efeito estufa aumentaram desde a era pré-industrial, em grande parte pelo crescimento econômico e populacional. Isso levou à atmosfera concentrações de dióxido de carbono, metano e óxido nitroso que não tem precedentes, pelo menos nos últimos 800.000 anos. Seus efeitos, juntamente com os de outros impulsores antropogênicos, foram detectados em todo o sistema climático e é extremamente provável que tenham sido a causa dominante do aquecimento global observado desde meados do século XX.

Sem esforços mais contundentes com o fim de reduzir as emissões de gases de efeito estufa, estima-se que com a permanência do atual crescimento da população global e atividades econômicas, a temperatura global média da superfície aumentará em 2100 de 3,7° a 4,8° Celsius acima da média de 1850 a 1900 (IPCC, 2014).

Por tal razão, o Acordo de Paris, firmado em 2015, previu dentre os objetivos principais manter o aumento da temperatura média global em menos de 2° Celsius acima dos níveis pré-industriais e envidar esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5° Celsius acima dos níveis pré-industriais.⁸⁶¹

859 O Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) foi estabelecido em 1988 pela Organização Meteorológica Mundial e o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) com o objetivo de analisar as informações necessárias para abordar o problema da mudança climática.

860 IPCC. *Fifth Assessment Report (AR5)*. 2014. Disponível em: <<https://www.ipcc.ch/report/ar5/syr/>>. Acesso em 21/1/2020.

861 Nações Unidas. Acordo de Paris. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acordodeparis/>>. Acesso em 21/1/2020.

Em 8 de outubro de 2018, foi divulgado o Relatório Especial sobre os impactos do aquecimento global de 1,5° Celsius acima dos níveis pré-industriais e vias globais relacionadas às emissões de gases de efeito estufa pelo IPCC.⁸⁶²

Segundo esse relatório, o aumento do aquecimento global em até 1,5° Celsius provocará várias mudanças regionais no clima, dentre as quais o aquecimento de temperaturas extremas em muitas regiões, o aumento na frequência e na intensidade de precipitação intensa e também nas secas em algumas regiões (IPCC, 2018).

Para exemplificar a dimensão do impacto de um aumento de 0,5° Celsius a mais, o relatório aponta que, até 2100, o aumento do aquecimento global em até 1,5° Celsius importaria na subida média global do nível do mar em 0,1 metro mais baixa, do que se o aumento do aquecimento global fosse de 2° Celsius. Uma redução de 0,1 m na elevação global do nível do mar implica que até 10 milhões de pessoas a menos estariam expostas a riscos relacionados, com base na população no ano de 2010 (IPCC, 2018).

Tal informação revela a importância de se buscar reduzir o aumento da temperatura média global visto que os impactos decorrentes de mudanças climáticas que podem parecer pequenas (redução de 0,1m no nível do mar) são enormes.

O aumento do aquecimento amplifica a exposição de pequenas ilhas, áreas costeiras baixas aos riscos associados à elevação do nível do mar para muitos sistemas humanos e ecológicos, incluindo o aumento da intrusão de água salgada, inundações e danos à infraestrutura (IPCC, 2018).

O Relatório Especial sobre Mudança Climática e Terras, divulgado em 2019, aponta que se o aquecimento global ultrapassar o limite de 2° Celsius estabelecido no Acordo de Paris, provavelmente as terras férteis se transformarão em desertos, as infraestruturas vão se desmoronar com o degelo do solo encontrado na região do Ártico, constituído por terra, gelo e rochas permanentemente congelados -, e a seca e os fenômenos meteorológicos extremos colocarão em risco o sistema alimentar.⁸⁶³

O aquecimento resultou no aumento da frequência, intensidade e duração de eventos relacionados ao calor, incluindo ondas de calor na maioria das regiões terrestres, bem como no aumento da frequência e da intensidade das secas em algumas regiões (incluindo o Mediterrâneo, oeste da Ásia, muitas partes da América do Sul, grande parte da África e nordeste da Ásia) e no aumento da intensidade de fortes precipitações, em escala global (IPCC, 2019).

O Relatório Especial sobre Mudanças Climáticas, Oceano e a Criosfera, divulgado em 25 de setembro de 2019, aponta que os oceanos estão mais quentes, mais ácidos e menos produtivos e que o nível do mar está aumentando 3,6 milímetros por ano – o

862 IPCC. Global Warming of 1.5 °C. 2018. Disponível em: <<https://www.ipcc.ch/sr15/>>. Acesso em 21/1/2020.

863 IPCC. *Climate Change and Land*. 2019. Disponível em: <<https://www.ipcc.ch/srcccl/>>. Acesso em 21/1/2020.

dobro do que no último século. Estes níveis podem aumentar acima de um metro até 2100 se as emissões de gás carbono continuarem a subir intensamente.⁸⁶⁴

Em consequência, as comunidades costeiras estão expostas a vários riscos, incluindo maior intensidade de ciclones tropicais, níveis e inundações extremas do mar, ondas de calor marinhas, perda de gelo do mar e degelo do *permafrost* – solo permanentemente congelado (IPCC, 2019).

Prevê-se que as inundações devido à explosão do lago das geleiras ou à chuva na neve, deslizamentos de terra e avalanches de neve também ocorram em novos locais ou em diferentes estações do ano (IPCC, 2019).

O Relatório aponta que as mudanças futuras da criosfera terrestre continuarão alterando os ecossistemas terrestres e de água doce nas regiões montanhosas e polares, com grandes mudanças nas distribuições de espécies, resultando em perda de biodiversidade e degradação das funções do ecossistema. Prevê-se que o incêndio florestal aumente significativamente para o restante deste século na maioria das regiões tundra e boreal, e também em algumas regiões montanhosas (IPCC, 2019).

Tais constatações desafiam cada vez mais a capacidade das sociedades de se preparar e responder adequadamente a mudanças de longo prazo, bem como impõem o premente aumento nos esforços atuais de governança para desenvolver e implementar medidas de mitigação e adaptação em escalas local e global.

3. A ORDEM JURÍDICA GLOBAL, REGIONAL E DOMÉSTICA SOBRE O CLIMA

3.1 ÂMBITO GLOBAL

O marco inicial que teve como objeto central especificamente as mudanças climáticas mundiais, reunindo as informações científicas que haviam sido consolidadas nos relatórios do IPCC, para que medidas mais concretas fossem tomadas, foi a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre mudança do clima, celebrada durante a Rio 92, subscrita por 154 nações e a Comunidade Europeia.⁸⁶⁵

Tem por objetivos gerais estabilizar a concentração de gases que causam o efeito estufa na atmosfera num nível que possa evitar uma interferência perigosa no sistema climático; assegurar que a produção alimentar não seja ameaçada; e possibilitar que o desenvolvimento econômico se dê de forma sustentável.⁸⁶⁶

864 IPCC. *Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate*. 2019. Disponível em: <<https://www.ipcc.ch/srocc/>>. Acesso em 21/1/2020.

865 Ratificada pelo Congresso Nacional brasileiro pelo Decreto legislativo 1/1994 e promulgada pelo Decreto presidencial n. 2.652/1998.

866 BRASIL. Decreto n. 2.652 de 1º de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas.

Não se trata, contudo, de um documento vinculante, mas de um quadro legal com previsão de protocolos subsequentes – estes, sim, vinculantes às partes signatárias.

A partir da Convenção do Clima de 1992, foi celebrado em Kyoto, no Japão, em 1997, o Protocolo de Kyoto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, que constituiu um grande avanço na época para a redução mundial na emissão de gases que causam o efeito estufa, pois trouxe metas específicas (AMADO, 2017, p. 783).⁸⁶⁷

De acordo com esse Protocolo, os países industrializados, considerados os maiores emissores mundiais, (não figurando dentre esses o Brasil), obrigaram-se a reduzir em 5% as suas emissões de gases de efeito estufa, entre 2008 e 2012, tendo como ano-base 1990.

No entanto, essa característica mais impositiva afastou a adesão do principal emissor de gases de efeito estufa na época de assinatura, os Estados Unidos da América, responsável por cerca de 25% do total dos lançamentos mundiais. As metas estabelecidas pelo Protocolo de Kyoto para a redução da emissão dos gases que causam o efeito estufa não foram cumpridas, pois as medidas concretas necessárias à redução foram timidamente tomadas pelos países que aderiram, segundo Frederico Amado (2017, pp. 785-786).

Em 2009, em Copenhage, na Dinamarca, houve a 15ª Conferência das Partes, conhecida como COP 15, que teve como objetivos discutir as mudanças climáticas e o aquecimento global e buscar mecanismos para desenvolver novas matrizes energéticas para as próximas décadas (TRENNEPOHL, 2018, p. 317). Nesse encontro, foi firmado o Acordo de Copenhage, o qual, todavia, não é vinculante.

Durante a realização da Conferência das Partes 21 (COP 21), em Paris, em 2015, foi firmado o Acordo de Paris, que constitui o novo marco legal internacional para a redução dos gases de carbono para conter a elevação da temperatura no planeta, sendo vinculante e global para as 195 nações signatárias.

Diferentemente do Protocolo de Kyoto, o Acordo de Paris não fixou uma meta específica de redução de gases de carbono, e sim fixou o objetivo de limitar o aumento da temperatura da Terra em até 1,5° Celsius até 2100 (AMADO, 2017, p. 788).

De acordo com o referido autor, não foi o acordo perfeito, ideal, em razão da inexistência de metas específicas para a redução dos gases que causam o efeito estufa, porém, diante do fracasso do Protocolo de Kyoto e da tentativa frustrada de Copenhage, foi o acordo possível de ser convencionado para o momento (AMADO, 2017, p. 789).

Não obstante o empenho da comunidade internacional na construção do Acordo, apenas seis meses depois, em 1º de junho de 2017, os Estados Unidos anunciaram

ça do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2652.htm> Acesso em 22/1/2020.

867 Ratificado pelo Congresso Nacional brasileiro pelo Decreto legislativo 144/2002 e promulgado pelo Decreto presidencial n. 5.445/2005.

a saída oficial do acordo, em razão do suposto alto e injusto nível de encargos colocados ao país, que representaria uma vantagem para os demais países em relação à economia americana, além de prejudicar os empregos de seus cidadãos.⁸⁶⁸

Em 4 de março de 2018, houve a adoção do Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe, adotado em Escazú (Costa Rica), derivado da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20).

Trata-se de acordo regional, mas firmado no âmbito da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) das Nações Unidas e apontado como o primeiro tratado sobre assuntos ambientais da região e o primeiro no mundo que inclui disposições sobre a defesa dos direitos humanos em assuntos ambientais.⁸⁶⁹

O Acordo Escazú trata especificamente de sistemas de informação ambiental sobre fontes relativas à mudança climática que contribuam para fortalecer as capacidades nacionais nesta matéria, conforme artigo 6, item 3, g.⁸⁷⁰

3.2 ÂMBITO REGIONAL – SISTEMA AMERICANO

A Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, assinada inicialmente em 1969 e em vigor somente em 1978, representa o diploma normativo de maior significado em âmbito regional no tema de direitos humanos para aqueles Estados-membros que dele compartilham (PIOVESAN, 2013, p. 331-332).

Em sua estrutura, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é responsável pelo recebimento das petições que contenham denúncias ou queixas de violação das normas por um Estado Parte, bem como a análise do cumprimento dos requisitos para encaminhamento das petições à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como órgão consultivo e jurisdicional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui competência para decidir sobre as violações aos direitos humanos praticadas ou não pelos Estados Partes,

868 “O Acordo Climático de Paris é simplesmente o mais recente exemplo de Washington firmando um acordo que desfavorece os Estados Unidos em benefício exclusivo de outros países, deixando os trabalhadores americanos - que eu amo - e contribuintes para absorver o custo em termos de perda de empregos, salários mais baixos, fábricas fechadas, e diminuiu enormemente a produção econômica. Assim, a partir de hoje, os Estados Unidos cessarão toda a implementação do Acordo de Paris não vinculante e os encargos financeiros e econômicos draconianos que o acordo impõe ao nosso país. Isso inclui acabar com a implementação da contribuição determinada nacionalmente e, muito importante, com o Fundo Verde para o Clima, que está custando aos Estados Unidos uma vasta fortuna.” (TRUMP, 2017) Declaração do Presidente Trump sobre o Acordo Climático de Paris. Emitida em: 1º de junho de 2017. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-president-trump-paris-climate-agreement/>>. Acesso em 3/1/2020.

869 Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe ("Acordo de Escazú"). 2018. ONU. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf>. Acesso em 9/2/2020.

870 Artigo 6. Geração e divulgação de informação ambiental. [...] 3. Cada Parte contará com um ou mais sistemas de informação ambiental atualizados, que poderão incluir, entre outros: [...] g) fontes relativas à mudança climática que contribuam para fortalecer as capacidades nacionais nesta matéria.

aplicando as normas de direito internacional cabíveis em cada caso concreto e velando pela preservação, reparação ou indenização dos direitos humanos,⁸⁷¹ bem como exarar opiniões consultivas que lhe sejam requeridas.⁸⁷²

Porém, somente os Estados membros signatários da Convenção Americana que tenham declarado expressa aceitação à submissão à jurisdição da CIDH podem ser submetidos à jurisdição da Corte.

O Pacto de San José da Costa Rica, como é também referida a CADH, preconiza direitos de toda ordem em favor das pessoas, a exemplo dos direitos à vida, à propriedade privada, à proteção judicial, à liberdade de pensamento e de expressão, à proteção da família, ao nome, dentre tantas outras garantias previstas em seus 82 artigos.⁸⁷³

No que se refere aos direitos econômicos, sociais e culturais, a Convenção dedicou inicialmente somente uma menção em cláusula normativa, constante do art. 26, intitulada de “desenvolvimento progressivo”, cujos termos são os seguintes, *in verbis*:

CAPÍTULO III DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969)

Posteriormente, já em 1988, foi confeccionado o instrumento denominado de Protocolo de San Salvador,⁸⁷⁴ em vigor a partir de 16 novembro de 1999, nos mesmos termos do documento anterior, que previu expressamente uma série de direitos sociais e também o direito a um meio ambiente sadio, por meio do art. 11:

871 Art. 63. 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. (Convenção americana sobre direitos humanos. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 11/2/2020).

872 Artigo 64. 1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais. (Convenção americana sobre direitos humanos. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 11/2/2020).

873 Convenção americana sobre direitos humanos. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 11/2/2020.

874 Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, “Protocolo de San Salvador”. 1988. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em 11/1/2020.

Artigo 11

Direito a um meio ambiente sadio

1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos.
2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

Não há menção específica à questão climática, porém não há dúvidas de que a proteção ao clima está compreendida no meio ambiente sadio.

Destaca-se a previsão do art. 15 da Carta Democrática Interamericana, aprovada em 2001, pelos Estados-membros da OEA, que dispõe sobre a implementação de políticas e estratégias de proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações.⁸⁷⁵

Em 2014, foi criada a Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais – REDESCA – pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para fortalecer o trabalho de desenvolvimento nessa matéria de direitos e em razão de constantes demandas de organizações da sociedade civil.

No II Relatório Anual de 2018, a REDESCA assinalou ter como foco começar a implementar sua agenda estratégica, alinhada com a Agenda dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, também conhecida como Agenda 2030.⁸⁷⁶

3.3 NORMAS INTERNAS SOBRE O CLIMA NO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁸⁷⁷ trouxe diversas disposições que denotam a preocupação com as causas e os efeitos das mudanças climáticas mundiais.

Pode-se citar a previsão do art. 225 de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a exigência de estudo de impacto ambiental para obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, o controle da produção, da comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, a proteção da fauna e da flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

875 Carta Democrática Interamericana. 2001. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democratic_Charter.htm>. Acesso em 9/2/2020.

876 II Informe anual de la Relatoria Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2018. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/IA2018REDESCA-es.pdf>>. Acesso em 9/2/2020.

877 BRASIL, Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 21/12/2019.

Além disso, também prevê a obrigação de quem explora recursos minerais de recuperar o meio ambiente degradado, o que certamente abrange a liberação de gases de efeito estufa.

Ainda, prevê que a utilização da Floresta Amazônica brasileira, da Mata Atlântica, da Serra do Mar, do Pantanal Mato-Grossense e da Zona Costeira far-se-á dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Sabe-se da importância do cuidado com as florestas e a necessidade de recuperação de áreas desmatadas, adequação do uso do solo, como forma de promover a compensação da emissão de gases de efeito estufa.

Portanto, pode-se concluir que a Constituição da República assegura verdadeiro arcabouço estruturado de direitos e impõe uma gama de deveres relacionados também às causas e efeitos das mudanças climáticas.

A partir do encontro em Copenhague, foram promulgadas normas específicas no Brasil a respeito do tema das mudanças climáticas: as Leis n. 12.114/09 e 12.187/09.

A Lei n. 12.114/09 criou o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, com o objetivo de assegurar recursos financeiros para projetos ou estudos, bem como para o financiamento de empreendimentos que visem à mitigação e à adaptação da mudança do clima e seus efeitos.⁸⁷⁸

A Lei n. 12.187/09 instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima, estabelecendo os seus princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos.⁸⁷⁹ O mais importante ponto que deve ser destacado desta norma é a menção a metas concretas de redução de emissão de gases de efeito estufa. Assim, o Brasil alcançará, como compromisso voluntário, ações de mitigação para reduzir entre 36,1 e 38,9% suas emissões projetadas até 2020 (TRENNEPOHL, 2018, p. 321).

Em 2010, foi publicado o Decreto n. 7.390 que regulamenta a Lei n. 12.187/09, tornando aplicáveis vários dispositivos da Política Nacional sobre Mudança do Clima. O referido diploma regulamentador foi revogado em 22 de novembro de 2018 pelo Decreto n. 9.578, o qual consolidou os atos normativos referentes ao Fundo Nacional sobre Mudança do Clima e à Política Nacional sobre Mudança do Clima.⁸⁸⁰

878 BRASIL. Planalto. Lei n. 12.114, de 9 de dezembro de 2009. Cria o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, altera os arts. 6º e 50 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12114.htm>. Acesso em 22/12/2019.

879 BRASIL. Planalto. Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2018. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm>. Acesso em 22/12/2019.

880 BRASIL. Planalto. Decreto 9.578 de 22 de novembro de 2018. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, de que trata a Lei n. 12.114/09, e a Política Nacional sobre Mudança do Clima, de que trata a Lei n. 12.187/09. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9578.htm#art25> Acesso em 22/12/2019.

O Decreto n. 9.578/18 estabelece como ações de prevenção planos de controle do desmatamento na Amazônia Legal, de desmatamento e queimadas no Cerrado, de expansão de energia com fontes alternativas renováveis, notadamente centrais eólicas, pequenas centrais hidroelétricas e bioeletricidade, da oferta de biocombustíveis e do incremento da eficiência energética, de baixa emissão de carbono na agricultura com sistema de integração lavoura-pecuária-floresta, a prática de plantio direto na palha, ampliação das tecnologias de tratamento de dejetos animais e de redução de emissões da siderurgia.

Há outras normas que contêm medidas que também dizem respeito e afetam às causas das mudanças climáticas, porém, cumpre ressaltar que foram citados apenas os principais diplomas normativos sobre o tema.

3.4 POLÍTICA DOMÉSTICA SOBRE O CLIMA EM OUTROS PAÍSES DA AMÉRICA

3.4.1 AMÉRICA DO NORTE

Desde o início das negociações internacionais sobre o tema, na Conferência do Rio, em 1992, os Estados Unidos adotaram uma postura bloqueadora para a adoção de ações de mitigação obrigatórias só para os países desenvolvidos.⁸⁸¹

Os EUA ratificaram a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, de 1992, durante a administração de George Bush, porém não ratificaram o Protocolo de Kyoto.

Assim que assumiu seu primeiro mandato como presidente dos EUA, Barack Obama aceitou as evidências científicas sobre as mudanças climáticas, diferentemente de seu antecessor, trazendo propostas para uma lei climática nacional (MILDNER; RICHERT, 2010 *apud* MOREIRA; ESTEVO, 2018).

Com a eleição de Trump em 2016, tem-se postura clara em relação ao tema das mudanças climáticas: negar o aquecimento global como resultado das ações humanas. Assim, Trump anunciou a saída do Acordo de Paris no dia 1 de junho de 2017, bem como a suspensão dos financiamentos do Fundo Verde do Clima (WHITE HOUSE, 2017).

O México publicou a Lei Geral sobre Mudanças Climáticas em 2012, a qual especifica diferentes responsabilidades, o compromisso do México sob o Acordo de Copenhague, em termos de comprometer o país com uma meta de redução de emissões de 30% abaixo do *Business As Usual* (BAU) até 2020, sujeita à disponibilidade de recursos

881 MOREIRA, Helena Margarido; ESTEVO, Jefferson dos Santos. A política dos EUA para as mudanças climáticas: análise da saída do Acordo de Paris. *Conjuntura Internacional*. Belo Horizonte, ISSN 1809-6182, v.14 n.3, p. 32 - 45, jun. 2018. Disponível em: <periodicos.pucminas.br>. Acesso em 12/2/2020.

financeiros e transferência de tecnologia, bem como redução de 50% nas emissões de GEE até 2050 em comparação com 2000.⁸⁸²

A lei foi alterada em 2018 por Decreto publicado em 13/07/2018, para iniciar um mercado nacional de emissões de gases de efeito estufa e para estabelecer a contribuição do México de acordo com o Acordo de Paris.

No Canadá, destaca-se a Lei de Preços de Poluição de Gases de Efeito Estufa, aprovada em 2018, que estabelece um preço federal para as emissões de gases de efeito estufa (GEE) a partir de janeiro de 2019 e aplica-se a qualquer província ou território do Canadá que solicita o preço, ou a qualquer província ou território do Canadá que não implementou um carbono compatível regime de preços.⁸⁸³

3.4.2 AMÉRICA DO SUL

Na Argentina, há o Plano Nacional de Adaptação e Mitigação das Mudanças Climáticas, formulado para planejar o cumprimento da NDC, a qual já foi objeto de revisão, além de planos setoriais nas áreas da saúde, energia, transporte, agricultura, indústria, infraestrutura e território e floresta.⁸⁸⁴

Por meio do Decreto 891/2016, foi criado na Argentina o Gabinete Nacional de Mudanças Climáticas, que agrupa ministérios e secretarias nacionais envolvidos em políticas climáticas sob a órbita do Gabinete de Ministros do Gabinete e coordenados tecnicamente pelo Ministério de Mudanças Climáticas e Desenvolvimento Sustentável.⁸⁸⁵

Além disso, há algumas normas que preveem medidas específicas que afetam também ao tema das mudanças climáticas.

A Lei n. 27.424/2017 criou um regime de promoção de geração distribuída de energia renovável integrada à rede pública de eletricidade. Tem por finalidade geração de eletricidade de origem renovável pelos usuários da rede de distribuição, para auto-consumo, com eventual injeção de excedentes na rede, e estabelecer a obrigação dos distribuidores da rede pública de facilitar essa injeção, garantindo livre acesso à rede de distribuição.

A Lei 27.191/2015 trata do incentivo às energias renováveis, estabelecendo metas graduais de aumento da produção e utilização de energias de fontes renováveis.

882 Leis de Mudanças Climáticas do banco de dados mundial. Instituto de Pesquisa Grantham sobre Mudanças Climáticas e Meio Ambiente e Centro Sabin de Direito de Mudanças Climáticas. Disponível em: <<https://climate-laws.org/cclow/geographies/114>>. Acesso em 12/2/2020.

883 *Government of Canada. Department of Justice. Laws*. Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/G-11.55/page-1.html>>. Acesso em 12/2/2020.

884 Portal oficial do Estado Argentino. Disponível em: <<https://www.argentina.gob.ar/ambiente/sustentabilidad/pnamcc>>. Acesso em 11/2/2020.

885 Portal oficial do Estado Argentino. Disponível em: <<https://www.argentina.gob.ar/ambiente/sustentabilidad/cambio-climatico/gabinetenacional>>. Acesso em 11/2/2020.

A Lei 26.639/2010 dispõe sobre padrões mínimos para preservação de geleiras e ambiente periglacial, prevendo expressamente a responsabilidade da Autoridade Nacional de formular uma política sobre as mudanças climáticas.

No Uruguai, em 2016, foi criado o Plano Nacional de Mudanças Climáticas, que estabelece a necessidade de contribuir para desenvolvimento sustentável com uma perspectiva intergeracional de equidade e direitos humanos, em conformidade com o Acordo de Paris.⁸⁸⁶

Em 2017, o Decreto n. 310 aprovou a Política Nacional de Mudanças Climáticas e a primeira Contribuição Determinada Nacional da Argentina.⁸⁸⁷

Em 2018, foi adotada a Estratégia Nacional de Igualdade de Gênero 2030 pelo Decreto 137/18, que incorpora em suas linhas a promoção de medidas de adaptação às mudanças climáticas.⁸⁸⁸

No Paraguai, em 2017, foi editada a Lei n. 5.875 sobre Mudança Climática para mitigação e adaptação, em conformidade com sua adesão ao Acordo de Paris e ao Plano Nacional de Desenvolvimento. Visa, em particular, a implementar ações que reduzam as vulnerabilidades do país às mudanças climáticas e ações que permitam reduzir suas emissões de gases de efeito estufa.⁸⁸⁹

A lei previu a criação de várias instituições: 1) a Comissão Nacional de Mudanças Climáticas como um órgão multi-institucional encarregado de estabelecer e atualizar as estratégias políticas do país; 2) uma Diretoria Nacional de Mudanças Climáticas como o órgão executivo encarregado de aplicar políticas de mudança climática; e 3) o Fundo de Mudança Climática, que será administrado pela Secretaria de Meio Ambiente do Executivo (Seam).

Dentro da Política Nacional de Mudanças Climáticas do Paraguai, há a Estratégia de Mitigação, a Estratégia Nacional de Adaptação às Mudanças Climáticas, o Plano Nacional de Adaptação às Mudanças Climáticas, o Plano Nacional de Mitigação das Mudanças Climáticas e Programas de Ação Estratégia Nacional de Gênero para Mudanças Climáticas, a Estratégia Nacional Florestal para o Crescimento Sustentável. Também foram elaborados Guias para o desenvolvimento de planos locais de adaptação e Guias para o desenvolvimento de planos setoriais de adaptação.⁸⁹⁰

886 Sítio eletrônico do Ministério de Habitação, Ordenamento Territorial e Meio Ambiente do Uruguai. Disponível em: <<http://www.mvotma.gub.uy/cambio-climatico>> Acesso em 11/2/2020.

887 Sítio eletrônico do Centro de Informação Oficial do Uruguai. Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/decretos/310-2017/1>>. Acesso em 11/2/2020.

888 Sítio eletrônico do Ministério da Habitação, Ordenação Territorial e Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mvotma.gub.uy/politica-planes-y-proyectos/genero-y-cambio-climatico>>. Acesso em 11/2/2020.

889 Leis de Mudanças Climáticas do banco de dados mundial, Instituto de Pesquisa Grantham sobre Mudanças Climáticas e Meio Ambiente e Centro Sabin de Direito de Mudanças Climáticas. Disponível em: <<https://climate-laws.org/cclow/geographies/139/laws/8477>> Acesso em 11/2/2020.

890 Sítio eletrônico da Direção Nacional de Mudanças Climáticas do Paraguai. Disponível em: <<http://dncc.mades.gov.py/cambio-climatico/politicas-publicas>>. Acesso em 11/2/2020.

Cumprir destacar, ainda, a Semana de Ação Climática, organizada pelo Ministério do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (MADES), por meio da Direção Nacional de Mudanças Climáticas (DNCC), que conta com a presença de autoridades nacionais e regionais, representantes e especialistas. Durante a semana, são desenvolvidos painéis, oficinas de treinamento, há oportunidades para expositores, além dos participantes em geral.⁸⁹¹

No Chile, há algumas normas que dispõem sobre medidas que têm pertinência com as mudanças climática, como tributação sobre carbono (Lei 20.571), energia geotérmica (Lei 19.657), isenção de impostos para sistemas solares térmicos (Lei 20.365), dentre outras, mas não há ainda uma norma específica dispondo sobre uma política de medidas sobre a proteção ao clima.

Porém, o Ministério do Meio Ambiente liderou um processo de elaboração do Projeto de Lei-Quadro sobre Mudanças Climáticas, em que houve consulta pública, apresentação de *workshops* sobre o projeto de lei, com o fim de colher manifestações de diferentes atores-chave da sociedade. Em janeiro de 2020, o projeto de lei ingressou no Congresso, assinado por 15 Ministérios.

Além disso, o Chile possui um Plano Nacional de Adaptação às Mudanças Climáticas, aprovado em 2014, que aponta como linhas de trabalho inventário de gases de efeito estufa, estratégia de mitigação e baixo carbono, negociação e participação internacional, proteção da camada de ozônio, educação e conscientização, bem como a elaboração de Planos Setoriais.⁸⁹²

No Peru, foi aprovada em 15 de março de 2018, a Lei-Quadro de Mudanças do Clima n. 30.754, que estabelece os princípios, abordagens e disposições gerais para coordenar e executar, relatar políticas públicas para o gerenciamento integral, participativo e transparente da adaptação e mitigação às mudanças climáticas.⁸⁹³

A lei visa a reduzir a vulnerabilidade do país às mudanças climáticas, aproveitar as oportunidades de crescimento de baixo carbono e cumprir os compromissos internacionais assumidos pelo Estado antes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, com uma abordagem intergeracional.

A norma considera que não só o Estado, mas também outros atores como as sociedades civis, devem aportar medidas de adaptação em face às mudanças climáticas.

Na Bolívia, em 15 de outubro de 2012, foi sancionada a Lei-Quadro n. 300, conhecida como Lei Marco da Mãe Terra e Desenvolvimento Integral para Viver

891 Sítio eletrônico da Direção Nacional de Mudanças Climáticas do Paraguai. Disponível em: <<http://dncc.mades.gov.py/semana-de-accion-climatica>>. Acesso em 11/2/2020.

892 Sítio eletrônico do Ministério do Meio Ambiente do Chile. Disponível em: <<https://mma.gob.cl/cambio-climatico/>>. Acesso em 11/2/2020.

893 Sítio eletrônico do Diário Oficial do Bicentenário “O Peruano.” Disponível em: <<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-marco-sobre-cambio-climatico-ley-n-30754-1638161-1/>>. Acesso em 11/2/2020.

Bem, a qual dispõe expressamente a responsabilidade da Autoridade Plurinacional da Mãe Terra para o monitoramento e estudos sobre mudanças climáticas.⁸⁹⁴

O Equador ainda não possui uma norma específica sobre o tema das mudanças climáticas. Em 2019, foi aprovada a Lei Orgânica de Eficiência Energética, que expressa em seu texto os objetivos de estabelecer uma estrutura legal e um regime operacional do Sistema Nacional de Eficiência Energética - SNEE, e promover o uso eficiente, racional e sustentável da energia em todas as suas formas, a fim de aumentar a segurança energética do país; construir uma cultura de sustentabilidade ambiental e eficiência energética, contribuindo para a mitigação das mudanças climáticas.⁸⁹⁵

Na Colômbia, a Lei n. 1.931/2018, estabelece as diretrizes para o gerenciamento das mudanças climáticas nas decisões de pessoas públicas e privadas, a concorrência da Nação, Departamentos, Municípios, Distritos, Áreas Metropolitanas e Autoridades Ambientais, principalmente nas ações de adaptação às mudanças climáticas, bem como na mitigação de gases de efeito estufa, com o objetivo de reduzir a vulnerabilidade da população e dos ecossistemas do país contra seus efeitos e promover a transição para uma economia competitiva, sustentável e desenvolvimento de baixo carbono.⁸⁹⁶

3.4.3 AMÉRICA CENTRAL

Na Guatemala, em 2013, foi aprovada a Lei-Quadro para regular a redução da vulnerabilidade, a adaptação obrigatória aos efeitos das mudanças climáticas e a mitigação dos efeitos dos gases de efeito estufa (Decreto do Congresso 7-2013).

A lei delega responsabilidade às várias agências governamentais para desenvolver e implementar políticas de mudança climática em áreas específicas que enfim abordarão: emissões de carbono geradas pelo uso da terra e pelo setor de energia; a criação de um mercado de carbono; aumentar a conscientização e participação do público; financiamento público; e desenvolvimento de políticas relacionadas ao clima.⁸⁹⁷

Cabe destacar o Sistema Nacional de Informação sobre Mudanças Climáticas da Guatemala, que compreende uma série de plataformas informáticas nas quais são sistematizados diferentes eixos temáticos, que fornece informações sobre o que está acontecendo em termos de emissão de GEE para diferentes setores, como energia, resíduos,

894 Sítio eletrônico do Ministério do Meio Ambiente e Água da Bolívia. Disponível em: <<https://www.mmaya.gob.bo/marco-legal/leyes-y-normas/>>. Acesso em 11/2/2020.

895 Leis de Mudanças Climáticas do banco de dados mundial, Instituto de Pesquisa Grantham sobre Mudanças Climáticas e Meio Ambiente e Centro Sabin de Direito de Mudanças Climáticas. Disponível em: <<https://climate-laws.org/cclow/geographies/52/laws/8932>>. Acesso em 11/2/2020.

896 Leis de Mudanças Climáticas do banco de dados mundial, Instituto de Pesquisa Grantham sobre Mudanças Climáticas e Meio Ambiente e Centro Sabin de Direito de Mudanças Climáticas. Disponível em: <<https://climate-laws.org/cclow/>>. Acesso em 12/2/2020.

897 Leis de Mudanças Climáticas do banco de dados mundial, Instituto de Pesquisa Grantham sobre Mudanças Climáticas e Meio Ambiente e Centro Sabin de Direito de Mudanças Climáticas. Disponível em: <<https://climate-laws.org/cclow/geographies/70/laws/1284>>. Acesso em 11/2/2020.

transportes e processos industriais que juntos compõem o Inventário de Gases de Gás. Efeito Estufa da Guatemala.⁸⁹⁸

Em Honduras, em 2013, foi aprovado o Decreto n. 297-2013 (Lei das Alterações Climáticas), que estabelece princípios e regulamentos para planejar, prevenir e responder de maneira adequada, coordenada e sustentada aos impactos gerados pelas mudanças climáticas em Honduras. Ele busca promover práticas destinadas a reduzir a vulnerabilidade ambiental e melhorar a capacidade de adaptação e desenvolver propostas para a prevenção e mitigação dos efeitos produzidos pelas mudanças climáticas e outras causas de má gestão ambiental.⁸⁹⁹

Além disso, em 2015, foi aprovada nova Estratégia Nacional de Mudança Climática, que projeta cenários climáticos em Honduras, estima emissões nacionais e vulnerabilidades setoriais ao risco climático e define os objetivos de mitigação e adaptação de acordo.

Em Belize, em 2015, foi implantado um Projeto de Adaptação ao Clima e Conservação Marinha de Belize (MCCAP) tem dois objetivos: implantar estruturas que garantam a contínua preservação de áreas protegidas e garantir que os beneficiários que as usam recebam informação sobre os perigos da mudança climática e que os meios com os quais ganham a vida não danifiquem os recursos naturais.

Em 2014, foi desenvolvida a Política Nacional de Mudança Climática, Estratégia e Plano de Ação, em documento que estabelece uma lista de setores prioritários para o governo de Belize focar esforços, incluindo agricultura, turismo, energia, silvicultura e pesca. A Política orienta os processos de adaptação a curto e médio prazo e mitigação das mudanças climáticas, de acordo com os objetivos nacionais de desenvolvimento sustentável, além dos compromissos regionais e internacionais.⁹⁰⁰

Em El Salvador, em 2014, foi aprovada a Estratégia Nacional de Mudanças Climáticas, a qual visa a aprimorar os recursos financeiros e institucionais para reduzir o impacto econômico e social das mudanças climáticas.

A estratégia está estruturada em torno de três áreas principais de ação.

Para combater as perdas geradas pelas mudanças climáticas, a Estratégia propõe primeiro uma forte participação nas negociações internacionais sobre clima e compensação financeira para pessoas e empresas que sofreram desastres relacionados ao clima.

898 Sítio eletrônico do Sistema Nacional de Informação sobre Mudança Climática. Disponível em: <<https://snicc.azurewebsites.net/>>. Acesso em 11/2/2020.

899 Leis de Mudanças Climáticas do banco de dados mundial, Instituto de Pesquisa Grantham sobre Mudanças Climáticas e Meio Ambiente e Centro Sabin de Direito de Mudanças Climáticas. Disponível em: <<https://climate-laws.org/cclow/geographies/75/laws/4275>>. Acesso em 11/2/2020.

900 Leis de Mudanças Climáticas do banco de dados mundial, Instituto de Pesquisa Grantham sobre Mudanças Climáticas e Meio Ambiente e Centro Sabin de Direito de Mudanças Climáticas. Disponível em: <<https://climate-laws.org/cclow/geographies/18/policies/8584>>. Acesso em 11/2/2020.

Segundo, a Estratégia descreve que as medidas de adaptação devem abordar as mudanças urbanas e costeiras, a recuperação de ecossistemas críticos e paisagens rurais, bem como estratégias de adaptação setoriais.

A terceira área focal do NCCS é o desenvolvimento de um programa de mitigação associado à agenda nacional de desenvolvimento social e econômico, incluindo o desenvolvimento de uma economia de baixo carbono.⁹⁰¹

4. COMO TEM SIDO AS DEMANDAS AOS TRIBUNAIS SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS?

Observa-se que o tema das mudanças climáticas tem sido levado aos Tribunais com maior frequência, talvez como uma forma de tentar superar a inércia de governantes e dos grandes poluidores em lidar com o aquecimento global de forma efetiva.

Até março de 2017, foram constatados litígios sobre mudanças climáticas em 24 países e a União Europeia, com 654 casos somente nos Estados Unidos e pouco mais de 230 casos em outros países, de acordo com publicação das Nações Unidas - O Status do Litígio das Mudanças Climáticas - Uma Revisão Global.⁹⁰²

Depois dos EUA, a Austrália é o próximo país onde mais demandas foram apresentadas (80); Reino Unido e Tribunal de Justiça da União Europeia: quase metade dos casos australianos (49 e 40 respectivamente); Nova Zelândia e Espanha viram cerca de um quinto dos casos australianos (16 e 13 respectivamente), enquanto houve quatro ou menos casos apresentados na Alemanha, Áustria, Bélgica, Colômbia, França, Grécia, Índia, Irlanda, Filipinas, Micronésia, Nigéria, Noruega, Países Baixos, Paquistão, República Checa, África do Sul, Suécia, Suíça e Ucrânia.⁹⁰³

Com algumas exceções, quase sempre são os governos os demandados nos litígios acerca das mudanças climáticas.

4.1 TRIBUNAIS DOMÉSTICOS

No Brasil, encontram-se alguns julgados em que houve menção às mudanças climáticas como argumento de reforço, não sendo diretamente a razão principal de decidir.

No Recurso Especial n. 1782692, da Paraíba, da Relatoria do Ministro Herman Benjamin, tratava-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ibama contra particulares e

901 Leis de Mudanças Climáticas do banco de dados mundial, Instituto de Pesquisa Grantham sobre Mudanças Climáticas e Meio Ambiente e Centro Sabin de Direito de Mudanças Climáticas. Disponível em: <<https://climate-laws.org/cclow/geographies/54/policies/1180>>. Acesso em 11/2/2020.

902 *United Nations Environment Program, May 2017. The Status of Climate Change Litigation – A Global Review.* Disponível em: <<http://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/The%20Status%20of%20Climate%20Change%20Litigation%20-%20A%20Global%20Review%20-%20UN%20Environment%20-%20May%202017%20-%20ES.pdf?sequence=7&isAllowed=y>>. Acesso em 22/12/2019.

903 *Idem.*

a Municipalidade de Pitimbu, Estado da Paraíba, pugnando por provimento judicial que proibisse a ampliação e determinasse a demolição de construções ilegais em onze imóveis localizados na faixa marginal do rio Acaú. Afastando a teoria do fato consumado, consignou-se que construções e atividades irregulares em Áreas de Preservação Permanente são convite para tragédias recorrentes e que desastres como inundações, desmoronamentos de edificações, escorregamento de terra estão em curva ascendente, no contexto de agravamento da frequência, intensidade e danosidade de eventos climáticos extremos.⁹⁰⁴

No Agravo em Recurso Especial n. 837.218, de São Paulo, da Relatoria do Ministro Og Fernandes, discutia-se aplicação de multa por queima de palha de cana-de-açúcar. A recorrente Guarani S/A alegava que apenas havia adquirido cana-de-açúcar, mas que não era autora dos incêndios. A questão da autoria não foi objeto de discussão, ante a necessidade de reexame de provas. Não obstante, discorreu-se sobre os efeitos nefastos da queima da cana-de-açúcar, tais como dispersão de poluentes atmosféricos prejudiciais à saúde humana, com menção às mudanças climáticas. Dentre os fundamentos, foram citados o princípio da precaução e a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – Rio 92.⁹⁰⁵

No Recurso Especial n. 965.078,⁹⁰⁶ de São Paulo, da Relatoria do Ministro Herman Benjamin, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a ilegalidade da queima de palha de cana-de-açúcar, por se tratar de atividade vedada, como regra, pela legislação federal, em virtude dos danos que provoca ao meio ambiente. Assentou-se que, para a consecução do mandamento constitucional e do princípio da precaução, deve ser afastada como regra geral a queima de palha da cana-de-açúcar, sobretudo por haver instrumentos e tecnologias que podem substituir essa prática, sem inviabilizar a atividade econômica.

Denota-se que houve a utilização do fato de existir tecnologias mais eficientes com benefícios ambientais, que não comprometem a viabilidade econômica da atividade, como argumento para a decisão.

904 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão que reformou sentença de parcial procedência de pedidos de proibição de ampliação e de demolição de construções ilegais em área de preservação permanente. Recurso Especial n. 1.782.692/PB. Ibama, Alberis Nunes Gomes e outros. Relator: Ministro Herman Benjamin. Publicado no Diário da Justiça em 5 de novembro de 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23/1/2020.

905 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão que manteve sentença de improcedência de embargos à execução fiscal sob o argumento de que a empresa não havia promovido a queima da cana-de-açúcar, mas tão somente havia adquirido o produto. Agravo no Recurso Especial n. 837.218/SP. Guarani S/A e Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Og Fernandes. Publicado no Diário da Justiça em 21 de maio de 2019. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23/1/2020.

906 Superior Tribunal de Justiça. Decisão que julgou incompatível com a Constituição Federal interpretação que permita a prática da queima da palha de cana-de-açúcar como regra geral. Recurso Especial n. 965.078/SP. Ministério Público de São Paulo e Neide Motta Ayusso. Relator: Ministro Herman Benjamin. Publicado no Diário da Justiça em 27 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23/12/2019.

No Recurso Especial n. 650.728,⁹⁰⁷ de Santa Catarina, da Relatoria do Ministro Herman Benjamin, houve a utilização do argumento das mudanças climáticas como fundamento da decisão que repeliu a tese do fato consumado arguida para afastar as obrigações de remover aterro e eventuais edificações de manguezal e reflorestar o manguezal.

O caso trata de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal de Joinville, Santa Catarina, em face de H. Carlos Schneider S/A Com. e Ind. e S.E.R. Parafuso, entidade classista que congrega os empregados do Grupo CISER, em que o *Parquet* narrou que as rés aterraram e drenaram manguezal em imóvel urbano, mesmo após autuação pelo então IBDF, pela FATMA, pela Prefeitura e pela Capitania dos Portos.

Na fundamentação, o Relator Herman Benjamin asseverou que *“é dever de todos, proprietários ou não, zelar pela preservação dos manguezais, necessidade cada vez maior, sobretudo em época de mudanças climáticas e aumento do nível do mar.”*

Importa destacar, ainda, que o Relator afirmou não se tratar de criação de obrigações pelo Juiz, pois as obrigações já estão previstas em lei e na Constituição da República, não se tratando de ativismo judicial, mas de ausência de implementação administrativa dos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador.

Em outro caso, no Recurso Especial n. 1410732, do Rio Grande do Norte, da Relatoria do Ministro Herman Benjamin, um particular edificou barraca, com finalidade comercial, na Praia de Cacimbinhas, Município de Tibau do Sul - RN, sem autorização da Secretaria do Patrimônio da União (SPU). No acórdão, consignou-se como fundamento da manutenção da ordem de demolição que o Direito protege a Zona Costeira, território que alberga ecossistemas acossados por atividades antrópicas diretas e, mais recentemente, por efeitos deletérios e implacáveis das mudanças climáticas.⁹⁰⁸

Também no Recurso Especial n. 1457851, do Rio Grande do Norte, da Relatoria do Ministro Herman Benjamin, em ação declaratória proposta por estabelecimento hoteleiro contra a União, buscando reconhecimento judicial de que o imóvel litigioso não se encontra em terreno de domínio público, manteve-se a decisão de improcedência, fundamentando-se, dentre outros argumentos, nos riscos às falésias marinhas pelas mudanças climáticas.⁹⁰⁹

907 Superior Tribunal de Justiça. Decisão que manteve condenação a remover aterro de manguezal e promover o reflorestamento característico dos mangues. Recurso Especial n. 650.728/SC. Ministério Público Federal de Joinville e H. Carlos Schneider S/A Com. e Ind. e S.E.R. Parafuso. Relator: Ministro Herman Benjamin. Publicado no Diário da Justiça em 2 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23/12/2019.

908 Superior Tribunal de Justiça. Decisão que manteve ordem de demolição de barraca construída em praia sem autorização da Secretaria do Patrimônio da União, fundamentada, também, por ser a zona costeira área afetada pelas mudanças climáticas. Recurso Especial n. 1.410.732/RN. Daniel Soares e Município de Tibau do Sul. Relator: Ministro Herman Benjamin. Publicado no Diário da Justiça em 13 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23/12/2019.

909 Superior Tribunal de Justiça. Decisão que manteve sentença de improcedência de pedido declaratório de não estar o imóvel em área de domínio público, fundamentada, também, nos riscos às falésias marinhas pelas mudanças climáticas. Recurso Especial n. 1.457.851/RN. Ecoturismo – Atividades Hoteleiras Ltda. e União. Relator: Ministro Herman Benjamin. Publicado no Diário da Justiça em 19 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23/12/2019.

Como visto, em todos os casos citados da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há menção às mudanças climáticas como argumento de reforço, embora não seja a razão de decidir.

No Chile, destaca-se o caso *Greze et al. v. Serviço de Avaliação Ambiental do Chile*, em que os requerentes contestam a avaliação do impacto ambiental do projeto de jateamento de carvão proposto por não considerar os impactos climáticos da explosão de carvão.

Em agosto de 2019, o Tribunal Ambiental de Valdivia reconheceu que a mudança climática é um problema global, mas concluiu que os compromissos internacionais do Chile não impõem uma exigência legal para considerar a mudança climática nas avaliações de impacto ambiental.⁹¹⁰

Também houve o caso *Corporação Privada para o Desenvolvimento de Aysen, et al. v. Serviço de Avaliação Ambiental do Chile*, em que os reclamantes contestaram o projeto hidrelétrico, argumentando que a avaliação ambiental não considerou os impactos climáticos da perturbação nas áreas úmidas como áreas de alta biodiversidade e nas florestas como sumidouros de carbono cruciais.

Em 4 de janeiro de 2018, o Terceiro Tribunal Ambiental de Valdivia anulou a aprovação do projeto pelo Serviço de Avaliação Ambiental, alegando que o proponente falhou em fornecer compensação suficiente pela interrupção de áreas úmidas e florestas e ordenou que o procedimento de avaliação fosse reaberto. No entanto, concluiu que a avaliação ambiental precisa apenas analisar os impactos locais e, portanto, a exclusão de preocupações climáticas não era inadmissível.⁹¹¹

Na Argentina, o caso *Confederação Mapuche de Neuquén v. YPF et al.*, de 2018, em que um grupo indígena está processando várias empresas multinacionais de petróleo e autoridades locais por suposto despejo de lixo tóxico produzido por *fracking* no jogo de xisto de Vaca Muerta na Patagônia. A denúncia discute um relatório das Nações Unidas que exortou o governo argentino a reconsiderar a decisão de permitir *fracking* na Vacca Muerta por causa das emissões de gases de efeito estufa associadas ao desenvolvimento de gás de xisto. Ainda pendente de julgamento.⁹¹²

No Peru, destaca-se o caso *Álvarez e outros vs. Peru*, proposto em dezembro de 2019, em que um grupo de jovens peruanos alega que o governo tomou medidas insuficientes para combater as mudanças climáticas, no que se refere ao desmatamento da Amazônia. A denúncia busca uma ordem que ordene ao Presidente, ao Ministério do

910 Leis de Mudanças Climáticas do banco de dados mundial, Instituto de Pesquisa Grantham sobre Mudanças Climáticas e Meio Ambiente e Centro Sabin de Direito de Mudanças Climáticas. Disponível em: <https://climate-laws.org/cclow/litigation_cases>. Acesso em 12/2/2020.

911 *Idem*.

912 *Idem*.

Meio Ambiente, ao Ministério da Agricultura e Irrigação e ao Ministério das Finanças que criem metas e objetivos concretos para reduzir a zero o desmatamento líquido na Amazônia peruana até 2025; uma ordem exigindo que o Ministério da Agricultura e Irrigação suspenda a concessão de licenças de desmatamento em terras públicas nas cinco regiões em questão até que os planos nacionais e regionais sejam criados, dentre outras medidas.⁹¹³

Na Colômbia, em 5 de abril de 2018, a Corte Suprema de Justiça da Colômbia emitiu uma resolução protegendo o direito a um meio ambiente saudável e ordenando que o governo daquele país tome medidas concretas contra o aquecimento global.

No julgamento da instância judicial mais alta da Colômbia, foi consignada a interdependência do direito a um ambiente saudável com a realização de outros direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, enfatizado que direitos como vida, alimentação, água, saúde e mesmo a dignidade humana estão ligados e substancialmente determinados pelo em que se vive e pelo meio ambiente.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal da Colômbia reconheceu a Amazônia colombiana como um sujeito de direito, afirmando que as florestas desempenham um papel importante na mitigação das mudanças climáticas e que elas podem estar sujeitas à proteção legal. Por isso, ordenou a várias autoridades nacionais, regionais e municipais a adoção de um plano de ação de curto, médio e longo prazo para proteger a Amazônia colombiana.⁹¹⁴

No Canadá, destaca-se o caso *Pembina Institute for Appropriate Development v. Canada Attorney General*, em que um grupo de organizações não governamentais desafiou judicialmente a decisão emitida por um painel integrado por membros do Conselho de Indústria e Energia do estado de Alberta e do governo federal canadense. Esse painel autorizou que a companhia *Oil Imperial* prospectasse óleo no nordeste do Estado de Alberta. Para obter tal autorização, a companhia de óleo realizou um estudo de impacto ambiental, que foi aprovado pelo painel e, em seguida, encaminhado para o Departamento de Pesca e Oceano do governo canadense, com recomendação de concessão da autorização para prospecção de óleo. O painel também decidiu que o projeto não possuía aptidão para causar impactos adversos ao meio ambiente. Nesse caso, os autores da ação alegaram, dentre outras coisas, que havia um erro no EIA quanto à estimativa de emissões de gases de efeito estufa do projeto.

Julgando a questão, o Tribunal Federal do Canadá decidiu que o painel falhou ao não justificar de forma adequada a conclusão de que o projeto não causaria signifi-

913 *Idem*.

914 Leis de Mudanças Climáticas do banco de dados mundial, Instituto de Pesquisa Grantham sobre Mudanças Climáticas e Meio Ambiente e Centro Sabin de Direito de Mudanças Climáticas. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2018/083.asp>>. Acesso em 11/2/2020.

vos impactos ambientais adversos, bem como ao não considerar adequadamente as medidas de mitigação das emissões de gases de efeito estufa propostas no EIA apresentado pela companhia de petróleo.⁹¹⁵

4.2 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Há um caso abordando a questão climática de forma central, submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso Inuits (popularmente chamados de esquimós) *versus* EUA.

Na petição dirigida a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em dezembro de 2005, o povo Inuit - habitantes das regiões árticas do Canadá, Alasca e Groenlândia - afirmam que as emissões ilimitadas de poluentes por parte do EUA, violam seus direitos humanos, pelo fato de provocarem alterações climáticas que ameaçam o seu ancestral estilo de vida, o que poderia ocasionar na sua extinção.

O pleito do povo Inuit teve fim em novembro de 2006. A petição foi rejeita e o processo extinto sem a resolução do mérito, pois os Estados Unidos não se submetem a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Não obstante o fato de não ter seu mérito apreciado, o caso Inuit *vs.* EUA foi de grande importância para a tomada de consciência dos impactos que as alterações nos climas podem ocasionar na efetivação dos direitos humanos.

Também na Opinião Consultiva n. 23/2017, houve manifestação expressa da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da proteção ao clima.⁹¹⁶

Trata-se de pedido apresentado pela Colômbia sobre as obrigações dos Estados em relação ao meio ambiente, especificamente o risco de que a construção e o uso de grandes obras de infraestrutura afetem de forma grave o meio ambiente marinho na Região das Grandes Caraíbas e, em consequência, o habitat humano.

A Corte reconheceu a existência de relação entre a proteção do meio ambiente e a realização de outros direitos humanos, bem como que a degradação ambiental e os efeitos adversos da mudança climática afetam o desfrute efetivo dos direitos humanos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do presente trabalho, pode-se constatar que a situação climática mundial continua se agravando. Apesar da existência de inúmeros documentos normativos,

915 Sítio eletrônico da Bases de dados sobre litígios sobre mudanças climáticas. Disponível em: <<http://climatecase-chart.com/non-us-case/pembina-institute-for-appropriate-development-et-al-v-attorney-general-of-canada-and-imperial-oil/>>. Acesso em 12/2/2020.

916 *Parecer consultivo sobre meio ambiente e direitos humanos*, Opinião Consultiva OC 23/2017, de 15 de novembro de 2017. Sítio eletrônico da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acesso em 21/2/2020.

tanto na seara doméstica, quanto em âmbito internacional, a respeito do tema, faltam medidas concretas.

Por mais que a ação estatal seja imprescindível para mobilizar a política internacional e alcançar resultados concretos, ela não tem se mostrado suficiente para provocar as mudanças necessárias no atual contexto do regime climático internacional.

Após verificar alguns casos pertinentes ao tema das mudanças climáticas submetidos aos Tribunais americanos, denota-se crescente busca por maior efetividade no cumprimento de obrigações assumidas pelos governos em tema de mudanças climáticas.

Observa-se, assim, que, a submissão aos Tribunais de casos envolvendo temas correlatos à questão climática ou, como causa principal, mostra-se relevante como forma de compelir governos e particulares a tomar medidas efetivas de mitigação e adaptação às causas das mudanças climáticas.

Não se pretende, contudo, propor que a via judicial seja a solução mais adequada, inclusive porque, dada a complexidade da matéria, não é possível apresentar nenhuma medida como solução dos diversos desafios compreendidos na questão climática.

O que se busca, portanto, é atentar à necessidade de perseguir caminhos diversos para lidar com o problema, no que a litigância transnacional se apresenta como uma possibilidade de fazê-lo, dado seu crescente potencial transformativo.

BIBLIOGRAFIA

AMADO, Frederico. *Direito ambiental*. 8. ed. Juspodivm: Salvador, 2017, p. 783.

Government of Canada. Department of Justice. Laws. Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/G-11.55/page-1.html>>. Acesso em 12/2/2020.

Instituto de Pesquisa Grantham. *Leis de Mudança climática no mundo e litígios sobre mudanças climáticas*. Disponível em: <<https://climate-laws.org/>>. Acesso em 12/2/2020.

Instituto de Pesquisa Grantham sobre Mudanças Climáticas e Meio Ambiente e Centro Sabin de Direito de Mudanças Climáticas. *Leis de Mudanças Climáticas do banco de dados mundial*. Disponível em <http://clima-laws.org>. Acesso em 21/1/2020.

IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*). *Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate*. 2019. Disponível em: <<https://www.ipcc.ch/srocc/>>. Acesso em 21/1/2020.

IPCC. *Climate Change and Land*. 2019. Disponível em: <<https://www.ipcc.ch/srccl/>>. Acesso em 21/1/2020.

IPCC. *Global Warming of 1.5 °C*. 2018. Disponível em: <<https://www.ipcc.ch/sr15/>>. Acesso em 21/1/2020.

IPCC. *Fifth Assessment Report (AR5)*. 2014. Disponível em: <<https://www.ipcc.ch/report/ar5/syr/>>. Acesso em 21/1/2020.

IPCC. *First Assessment Report Overview and Policymaker Summaries and 1992 IPCC Supplement*. 1992. Disponível em: <<https://www.ipcc.ch/report/ar1/syr/>>. Acesso em 21/1/2020.

MOREIRA, Helena Margarido; ESTEVO, Jefferson dos Santos. *A política dos EUA para as mudanças climáticas: análise da saída do Acordo de Paris*. Conjuntura Internacional. Belo Horizonte, ISSN 1809-6182, v.14 n.3, p. 32 - 45, jun. 2018. Disponível em: <periodicos.pucminas.br>. Acesso em 12/2/2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

Portal oficial do Estado Argentino. Disponível em: <<https://www.argentina.gob.ar/ambiente/sustentabilidad/pnamcc>>. Acesso em 11/2/ 2020.

Sítio eletrônico do Diário Oficial do Bicentenário "O Peruano." Disponível em: <<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-marco-sobre-cambio-climatico-ley-n-30754-1638161-1/>>. Acesso em 11/2/2020.

Sítio eletrônico da Bases de dados sobre litígios sobre mudanças climáticas. Disponível em: <<http://climatecasechart.com/non-us-case/pembina-institute-for-appropriate-development-et-al-v-attorney-general-of-canada-and-imperial-oil/>>. Acesso em 12/2/2020.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. *Manual de direito ambiental*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 317.

United Nations Environment Program, May 2017. *The Status of Climate Change Litigation – A Global Review*. Disponível em: <<http://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/The%20Status%20of%20Climate%20Change%20Litigation%20-%20A%20Global%20Review%20-%20UN%20Environment%20-%20May%202017%20-%20ES.pdf?sequence=7&isAllowed=y>>. Acesso em 22/12/2019.

WHITE HOUSE. *Statement by President Trump on the Paris Climate Accord*. 2017. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/06/01/statement-president-trump-paris-climate-accord>>. Acesso em 30/1/2020.

O DESAFIO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL NO CONTEXTO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Marco Túlio Reis Magalhães

RESUMO: O presente artigo discute a proteção do meio ambiente no contexto da Convenção Americana de Direitos Humanos, a partir da análise (i) do pioneirismo da norma ambiental existente no Protocolo de San Salvador, que define o direito a viver em um meio ambiente sadio e o dever de proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente pelos Estados Partes, (ii) da sua importância para o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial dos direitos humanos e (iii) das limitações observadas em sua interpretação e aplicação. Defende-se a necessidade de maior aprimoramento normativo, institucional, interpretativo e jurisprudencial, que é possível e desejável, a fim de se cumprir a finalidade de alcançar a plena efetividade dos direitos reconhecidos no Protocolo de San Salvador.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção Ambiental. Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 11. Protocolo de San Salvador. Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A importância do reconhecimento da defesa do meio ambiente na Convenção Americana de Direitos Humanos; 3. Do pioneirismo à latência: crítica de limitada exploração da potencialidade normativa do art. 11 do Protocolo de San Salvador; A) O exemplo comparativo do modo de interpretação e aplicação das normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos; B) O exemplo comparativo da crescente normatização supranacional da proteção ambiental em vinculação à ideia de direitos; C) O desafio político e teórico-hermenêutico replicável em múltiplos níveis de normatização; D) A crítica doutrinária quanto à limitação da prática jurisprudencial da Corte IDH e da prática institucional da Comissão IDH em discutir a defesa do meio ambiente de forma autônoma e de forma vinculada a direitos em geral; 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento dos direitos humanos, a sua garantia e a sua contínua promoção contribuem para o alcance de uma convivência humana pacífica e harmoniosa. Ao lado da importante discussão teórica e doutrinária sobre os direitos do homem no direito internacional, o estabelecimento dos sistemas de proteção dos direitos humanos serve como palco operacional (político-jurídico) e força motriz desse contínuo processo de expansão de direitos e liberdades. De todo modo, a despeito de importantes avanços, os referidos sistemas de proteção de direitos humanos também enfrentam significativos desafios e limitações.

Nesse sentido, Ramos (2005, p. 259) acentua que o desafio do século XXI ainda está em reconhecer a centralidade dos direitos humanos na agenda do direito interna-

cional, ainda está em superar o voluntarismo de uma sociedade descentralizada e supostamente paritária e ainda está em convergir para a consolidação e realização de valores comuns da sociedade humana.

Esse mister certamente depende do contínuo processo de desenvolvimento dos diversos órgãos internacionais e regionais de direitos humanos que, por sua atuação, reciprocamente se influenciam e também influenciam os ordenamentos jurídicos no plano nacional e supranacional. Como relembra Trindade (2017), a contribuição dos sistemas regionais de direitos humanos para o resgate histórico da centralidade da pessoa humana como sujeito do direito das gentes constituiria o mais relevante legado “jusinternacionalista” das sete últimas décadas.

Mas o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) também encontra interconexões com outros ramos do Direito Internacional. Para o que aqui interessa, tem relevância o Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA).

Em termos históricos, a doutrina (SAND, 2007, pp. 30-31; SOARES, 2003) costuma apontar três ou quatro fases de desenvolvimento do DIMA: a primeira (era tradicional) até por volta de 1970, podendo ser subdividida em período anterior e posterior a 1945; a segunda fase (era moderna) entre 1972 (Conferência de Estocolmo) e 1992 (Conferência do Rio); e a terceira fase (pós-moderna) após a Rio 92. Ao mesmo tempo, tal desenvolvimento histórico também é marcado por avanços e retrocessos, entusiasmos e ambiguidades em relação às expectativas planejadas e os resultados alcançados (MURANI; PEPE, 2012, pp. 26-28).

Além disso, nas primeiras décadas do século XXI, cresceu a discussão relativa ao aquecimento global, às mudanças climáticas e à transição para matrizes energéticas renováveis. Do mesmo modo, após a crise financeira de 2008 e a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável ocorrida em 2012 (Rio+20), também se verificou um crescente debate sobre o fomento de uma economia verde e de um crescimento verde (*green economy and green growth*), de cidades inteligentes e sustentáveis e de novos impulsos do desenvolvimento sustentável. Nesse último ponto, merece destaque a iniciativa da Organização das Nações Unidas que lançou, em 2015, a Agenda 2030, consistente em um abrangente plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade, com 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas correlatas, a serem implementadas sob a guia dos três pilares do desenvolvimento sustentável (econômico, social e ambiental).

De fato, em visão retrospectiva, diversos eventos ocorridos desde o final da década de 1960 e o início da década de 1970 contribuíram para um notável desenvolvimento desse ramo do Direito Internacional, com destaque para a Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano de 1972 – em que houve a participação de 113 representações de Estado, com a adoção de um plano de ação (*Action Plan*) – e para a

Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano, a qual, embora sem efeito vinculante, teve um significado muito importante e inspirador para o estabelecimento de normas básicas de direito internacional do meio ambiente (BIRNIE; BOYLE, 1995).

Nesse sentido, a Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano, dotada de 26 princípios, já em seu Princípio 1, aludiu à ideia de que o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal a permitir uma vida digna e gozar de bem-estar, bem como a obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Por um lado, a referida Declaração de Estocolmo, como outras importantes Declarações posteriores (e.g. Declaração do Rio de 1992) e documentos internacionais do DIMA não ostentaram efeito jurídico vinculante, qualificando-se como *soft law*, o que, de certo modo, costumava até ser mesmo uma condição necessária para viabilizar um mínimo de consenso dos países em torno de sua adoção (EPINEY; SCHEYLI, 2000, pp. 42-43).

Por outro lado, houve um crescimento de declarações e instrumentos internacionais a considerar cada vez mais a causa de proteção ambiental em conexão com o fomento à ideia de desenvolvimento sustentável, desarmamento, erradicação da pobreza, melhoria da qualidade de vida e garantia de um ambiente sadio (TRINDADE, 1993, p. 23). Desde a década de 1970, os olhos do direito internacional se voltavam cada vez mais para a preocupação relativa a catástrofes naturais e a riscos e perigos de atividades perigosas, de atividades de exploração de recursos naturais e de atividades militares, industriais e espaciais em um contexto de crescente globalização econômica (SOARES, 2003, pp. 696-697).

Nesse campo de interseções múltiplas, a aproximação entre direitos humanos e proteção do meio ambiente tem sido crescente, ainda que não se possa falar que tenha havido uma fusão entre os campos do DIDH e do DIMA ou mesmo que haja uma separação absoluta deles (SOUZA, 2011). A despeito de disputas classificatórias e de autonomização no campo científico e epistemológico, o que se deve ter em mente é que há dois grandes campos de sensível relevância e repercussão nacional e internacional, que acabam por oferecer desafios e potencialidades (ainda por explorar) em suas múltiplas e possíveis áreas de interação. Daí a sabedoria de Trindade (1993, p. 24) em afirmar a relevância do estudo das pontes de ligação ou, em suas próprias palavras, “Para isto, a ênfase deverá recair, não em um ou outro domínio de proteção *per se*, mas no paralelo entre ambos, a revelar as afinidades e os pontos de contato em suas linhas de evolução”.

Uma dessas possíveis pontes de ligação pode ser estabelecida a partir da interpretação e aplicação das convenções regionais de direitos humanos, que podem tratar, em maior ou menor medida, sobre a proteção (imediata ou mediata) do meio ambiente em conexão com os direitos humanos.

Quanto às normas do DIDH conterem algum tipo de previsão de proteção ambiental, atualmente é possível identificar alguns cenários. Em primeiro lugar, instrumentos que não dispõem expressamente sobre um direito ao meio ambiente (e.g. Convenção Europeia de Direitos Humanos, Declaração Universal de Direitos Humanos, Declaração Americana de Direitos Humanos).

Em segundo lugar, há outros instrumentos que adotam a proteção do meio ambiente (e eventualmente a ideia de um direito ao meio ambiente) de forma mediatizada e indireta, a partir de sua consideração como uma dimensão ou um cofator que influencia o âmbito de proteção de determinados direitos humanos (e.g. direito à vida e à integridade física, direito à saúde, direito à vida privada e familiar). Isso ocorre de forma expressa (MAGALHÃES, 2008) no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 12.2, “b”). Ademais, isso também ocorre de forma implícita na interpretação de disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 8º). Nesse último caso, o entendimento desenvolvido pela Corte Europeia de Direitos Humanos exerce um papel relevante na discussão do presente tema a partir da jurisprudência das chamadas obrigações positivas.

Em terceiro lugar, há instrumentos regionais de direitos humanos que reconhecem, expressamente, uma espécie de direito ao meio ambiente sadio (Convenção Americana de Direitos Humanos, a partir do Protocolo de San Salvador; Carta Africana de Direitos dos Homens e dos Povos).

É especialmente centrado nesse último cenário que se concentra a presente investigação, para se questionar sobre limites e potencialidades (normativos, hermenêuticos e de aplicação) da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o intuito de se fortalecer pontes de ligação entre a proteção do meio ambiente e a defesa dos direitos humanos, sobretudo pelo fato de que, a partir do Protocolo Adicional de San Salvador, a referida Convenção Americana é pioneira e paradigmática em reconhecer um direito a viver em meio ambiente sadio.

2. A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DA DEFESA DO MEIO AMBIENTE NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O sistema regional interamericano de proteção de direitos humanos tem destacada relevância histórica, institucional e normativa, cujas origens retroagem a fatos históricos mais antigos e às Conferências Internacionais Americanas, embora seja mais comum se destacar (JAIMES, 2015) a referência ao ano de 1948 e a transição da União Pan-Americana para a Organização dos Estados Americanos (OEA), com a adoção de novos e importantes instrumentos e documentos (Carta da OEA, o Tratado Americano sobre Soluções Pacíficas e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem).

Essas referências abririam caminho para a posterior adoção da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969 (e sua entrada em vigor em 1978).

Ainda em relação ao desenvolvimento do sistema regional interamericano, destaca-se que foi formado e desenvolvido à luz de instrumentos internacionais de proteção e monitoramento de direitos humanos e dirigido a países-membros da OEA. Ademais, a OEA seria o fórum governamental mais abrangente em termos políticos, jurídicos e sociais, agregando os trinta e cinco países independentes das Américas como Estados Partes, bem como se desenvolveria em múltiplas frentes, tais como: democracia, direitos humanos, segurança e desenvolvimento (JAIMES, 2015, p. 223).

Para o que aqui interessa analisar, seus órgãos de maior destaque são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). O referido sistema regional apresentou importantes desenvolvimentos desde a sua formação, mas ainda enfrenta desafios e limitações.

Parte das limitações e desafios de sua implementação podem ter relação com questões históricas. Segundo Ramos (2012, p. 202), à época do advento da Convenção Americana de Direitos Humanos, a OEA estaria composta por países que viviam ditaduras dos mais diversos quilates, muitas vezes apoiadas pelos Estados Unidos da América, além de existir a suspensão do governo de Cuba desde 1962. Desse modo, surgiria a crítica histórica de que a Convenção poderia ter nascido não necessariamente de um puro e legítimo interesse de fortalecimento dos direitos humanos, mas sim de um certo esforço estratégico de governos de ditaduras da época para transmitir uma aparência de normalidade e para demonstrar alguma semelhança com a imagem de Estados democráticos. Nesse sentido, Ramos (2012, p. 202) acentua que isso explicaria dificuldades iniciais de implementação, dado que a redação da Convenção Americana seria mais fruto da retórica daqueles governos do que de efetivo comprometimento com os valores de universalismo, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Além disso, o procedimento de ratificação postergada no tempo reforçaria essa crítica.

A par dessas questões, a forte desigualdade social comum a diversos países e as diferentes fases de consolidação social e econômica também eram fatores negativos para um desenvolvimento mais harmonioso nesse contexto regional. Soma-se a isso (MAZZUOLI; TEIXEIRA, 2013) o fato de que muitos países não ratificaram a Convenção Americana, reduzindo o fortalecimento de importantes mecanismos de vinculação e de controle de convencionalidade – especialmente para fins de sujeição à jurisdição da Corte IDH.

De todo modo, originariamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) – também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica – não continha disposição expressa sobre um direito humano a um meio ambiente sadio e equilibrado, não continha disposição que fizesse referência mediata (indireta) a ele e não continha

disposição que permitisse o seu fácil reconhecimento como direito implícito.⁹¹⁷ Em sentido semelhante, a anterior Declaração Americana de Direitos Humanos não fazia menção à proteção do meio ambiente. Historicamente, isso não causa estranhamento, visto que, à época, a questão ambiental ainda não estava claramente colocada na agenda internacional.

Contudo, esse cenário mudou com a adoção de Protocolo Adicional à mencionada Convenção, o qual passou a tratar sobre o tema dos direitos econômicos, sociais e culturais. Subscrito pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988, o referido Protocolo Adicional passou a ter vigência a partir de 16 de novembro de 1999. O Brasil adotou os procedimentos de ratificação e incorporação do referido Protocolo Adicional, que passou a ter vigência em nosso país na mesma data de vigência do Protocolo de San Salvador, devendo ser executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.⁹¹⁸

Ao lado da enunciação de direitos sociais ao trabalho, à organização sindical, à alimentação, à cultura, à criança, aos idosos e à educação, o Protocolo de San Salvador também dispôs expressamente, em seu art. 11, sobre o direito ao meio ambiente sadio, acentuando, de um lado, que “toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos” e, de outro lado, que os “Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente”.

O reconhecimento formal e expresso de um direito a viver em um ambiente sadio, contido em norma de Protocolo Adicional que se vincula a um instrumento regional de proteção de direitos humanos, é de inegável importância. Mesmo que inicialmente a referida disposição do art. 11 do Protocolo de San Salvador não tenha obtido grande repercussão prática, em razão de dificuldades históricas, políticas e de implementação operacional no contexto da própria Convenção, ela já serviria de baliza normativa e de ponto de apoio hermenêutico e teleológico para a interpretação e aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos com o intuito de progressivo desenvolvimento dos contornos desse novo direito.

Daí porque ser criticável, mas não necessariamente incompreensível em termos histórico-contextuais, que o art. 1 do Protocolo de San Salvador, por um lado, tenha disposto que os Estados-Partes se comprometem a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento para alcançar de forma progressiva a efetividade plena dos direitos reconhecidos e, por outro lado, ao tratar dos meios de proteção desses novos direitos,

917 No Brasil, a Convenção Americana de Direitos Humanos foi promulgada por meio do Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992.

918 Conforme o Decreto n° 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

o art. 19 (n. 6) tenha limitado o acionamento do sistema de monitoramento e controle via petições individuais (regulado pelos arts. 44 a 51 e arts. 61 a 69 da Convenção Americana) apenas quando se tratar de invocação de violação dos direitos à organização sindical e à educação.

De todo modo, o que se poderia esperar dessa nova disposição referida ao direito a viver em um meio ambiente sadio era (i) um progressivo desenvolvimento da inter-relação entre proteção do meio ambiente e direitos humanos no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, além de (ii) um possível incremento da proteção jurídica do meio ambiente, em vinculação com os direitos humanos, no plano dos ordenamentos jurídicos dos países, por eventual influência dessa nova norma convencional.

Enquanto a segunda expectativa acima mencionada se realizou de forma mais evidente (ainda que não necessariamente por força da influência direta da previsão do art. 11 do Protocolo de San Salvador), pode-se dizer que houve frustração quanto à primeira expectativa vinculada ao maior desenvolvimento normativo, hermenêutico e de aplicação jurisprudencial da cláusula convencional do art. 11 do Protocolo de San Salvador. Em outras palavras, não se verificou, inclusive por parte da Comissão IDH e da Corte IDH, um significativo e abrangente desenvolvimento dessa nova disposição convencional e do direito nela previsto, seja considerando-os isoladamente, seja considerando-os em conjunto com outros dispositivos e direitos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Quanto à contemporaneidade e à pertinência histórica de inserção do direito a um meio ambiente sadio no Protocolo de San Salvador, não há dúvida de sua adequação. Essa opção coincidiu com o crescente debate doutrinário e teórico já perceptível desde o final da década de 1970 a respeito dos chamados direitos de terceira geração – vinculados a uma compreensão dos direitos humanos como categorias históricas, de forte conteúdo ético-filosófico e que se caracterizariam (e ganhariam sentido cumulativo) a partir de contextos temporalmente definidos (LUÑO, 2014, pp. 43-44).

Nesse sentido, é possível apontar a doutrina do jurista Karel Vasak, reconhecido como o precursor da ideia de direitos humanos de terceira geração (também denominados de direitos de solidariedade ou direitos de fraternidade). De acordo com esse entendimento, os direitos de terceira geração seriam compreendidos em conjunto com os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais). De fato, desde 1977, em artigo publicado em revista da Unesco, Vasak (1977, p. 29) já afirmava, em contraposição às ideias de uma primeira e segunda gerações de direitos humanos, a necessidade de se formular uma terceira geração de direitos humanos – embora ele pareça ter creditado ao então diretor-geral da Unesco, o senegalês Amadou Mahtar-M'Bow, a autoria da menção originária da expressão “direitos humanos de terceira geração”.

Segundo Vasak (1980, p. 709), como direito ideológico (a exprimir uma ideologia comum à humanidade como um todo), o Direito Internacional dos Direitos do Homem seria um direito instável e em constante evolução, o que se comprovaria pelas novas aspirações dos povos das Nações Unidas para agregar, ao rol de direitos humanos já existentes, outros novos direitos sequer pensados nos últimos dez anos – a exemplo do direito a um ambiente sadio. Assim, ao lado dos direitos de primeira e segunda gerações (excessivamente focados na figura do homem-indivíduo), Vazak (1984, pp. 838-839) já questionava se não existiriam – e se não deveriam existir – direitos humanos a destacar a óbvia fraternidade dos homens e sua indispensável solidariedade, capaz de unir os homens em um mundo finito que já teria seu curso iniciado há muito tempo.

Não obstante as fundamentadas críticas doutrinárias feitas às limitações das diversas abordagens ligadas à teoria geracional dos direitos humanos, a qual não ressaltaria adequadamente a compreensão contemporânea das características de superioridade normativa, de indivisibilidade, de interdependência e de universalidade dos direitos humanos (RAMOS, 2005; MAZZUOLI, 2001), não se pode olvidar a importância histórica que o debate desse desenvolvimento teórico-doutrinário geracional teve para o fortalecimento do reconhecimento de novos direitos no plano nacional e internacional – inclusive para fomentar pontes de ligação entre o DIDH e o DIMA.

Como ressaltado acima, quanto ao incremento da proteção jurídica da proteção ambiental nos países vinculados à Convenção Americana de Direitos Humanos, houve, em regra, o aumento de normas jurídicas (inclusive constitucionais) protetoras do meio ambiente, ainda que não se possa necessariamente creditar tal desenvolvimento à influência direta e decisiva do art. 11 do Protocolo de San Salvador.

Especialmente em relação à formulação de um direito ao meio ambiente sadio e equilibrado no contexto dos países integrantes da OEA e vinculados ao sistema interamericano de direitos humanos, esse indício é interessante e merece destaque.

Isso porque a crescente conscientização ecológica e o reconhecimento social e político sobre a relevância da proteção do meio ambiente e da qualidade de vida em nível internacional, desde a década de 70 (século XX), coincidiu com o movimento de constitucionalização da proteção do meio ambiente em países da América Latina e com mudanças estruturais ligadas à queda de regimes autoritários e à tentativa de reafirmação de regimes democráticos.

Nesse ponto, Mateo (1995, p. 69) já acentuava na década de 1990 que a América Latina seria uma das regiões do mundo mais receptivas à introdução de questões ambientais nos textos constitucionais dos seus diversos países, o que facilmente se ilustraria a partir de uma simples enumeração cronológica: Panamá (1972), Cuba (1976), Equador (1979-1998), Peru (1979-1993), Chile (1980), Honduras (1982), El Salvador (1983), Haiti (1985), Nicarágua (1987), Brasil (1988), México (1987), Colômbia

bia (1991), Paraguai (1967-1992). Mais recentemente, destacam-se novas disposições constitucionais sobre o tema da proteção ambiental na Argentina (1994), na Venezuela (1999), no Equador (2008), na Bolívia (2009) e em Cuba (2019).

Landa (2013, p. 25) também registra que, após a derrocada dos governos militares latino-americanos, na década de 1980, restaurou-se a ordem civil baseada em dois princípios básicos: um econômico (a economia de mercado) e outro político (a democracia e os direitos humanos). Contudo, esse movimento de constitucionalização não adotou uma fórmula única e ainda que possa ter havido uma aparente semelhança geral, haveria diferenças juridicamente relevantes na forma e na intensidade de normatização constitucional.

Nesse contexto, merece ser ressaltado que boa parte da constitucionalização da proteção ambiental nos países da América Latina esteve ligada à recepção e ao fomento da diretriz do desenvolvimento sustentável como meta a ser observada no ordenamento jurídico e político de muitos desses países.

Ademais, o papel do direito internacional, de organizações internacionais e da Organização das Nações Unidas – especialmente por meio das Conferências Mundiais, das Declarações e instrumentos internacionais e do trabalho do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – foram decisivos para esse movimento de constitucionalização, ao lado da atuação de organizações não governamentais no plano nacional dos diversos países.

Outro aspecto relevante dessa crescente proteção constitucional do meio ambiente é que há formas variadas de normatização adotadas nos países da América Latina para tal finalidade. Nesse sentido, costuma-se verificar o estabelecimento de direitos, de deveres do Estado, de deveres dos indivíduos-cidadãos ou da coletividade, de objetivos ou finalidades estatais, de diretrizes políticas ou mesmo de cláusulas que identificam o meio ambiente como tema de interesse geral. Também se verificam constituições que adotam fórmulas mistas, conjugando mais de uma dessas tipologias jurídicas. Destaca-se, ainda, que, em muitas constituições latino-americanas, há consideração da proteção ambiental e dos recursos naturais como norma de competência administrativa e legislativa do Estado, como norma de limitação de outros direitos fundamentais (e.g. propriedade, cultura, livre iniciativa), como princípio da ordem econômica, etc.

De todo modo, em aproximação comparativa à fórmula do direito a viver em um meio ambiente sadio previsto no Protocolo de San Salvador, vale destacar que muitos países latino-americanos também teriam uma previsão constitucional semelhante. Nesse sentido, Boyd (2012, p. 62) resalta o registro de dezoito países latino-americanos e caribenhos que teriam adotado um direito substantivo ao meio ambiente sadio em suas constituições, a saber: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica,

Equador, El Salvador, Guiana, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru e Venezuela, República Dominicana e Jamaica.

Além disso, há diferentes compreensões éticas, filosóficas e culturais a colorir as normas constitucionais dos diversos países latino-americanos tanto com orientações mais ou menos antropocêntricas de proteção do meio ambiente, quanto com abordagens claramente ecocêntricas e biocêntricas.

Nesse último caso, alguns países latino-americanos têm alterado suas normas jurídicas – especialmente constitucionais – para adotar uma abordagem político-jurídica mais ecocêntrica, dando crescente ênfase ao reconhecimento do valor intrínseco da natureza em conexão com o reconhecimento de valores tradicionais e milenares de culturas dos povos andinos e indígenas, cujas cosmovisões vão além da compreensão dicotômica da relação homem-natureza (tradicionalmente vivenciada na visão de mundo capitalista e ocidental). Nesse sentido, a natureza, os bens ambientais, a fauna e a flora não são compreendidos como meros objetos a serem dominados e explorados, mas adquirem um valor intrínseco e independente do homem, ainda que o homem se mantenha conectado com eles.

Essa nova abordagem tem sido observada especialmente na experiência jurídica do Equador e da Bolívia, visto que a normatização político-jurídica desses países tem ido além da mera previsão de deveres e direitos ambientais (referidos aos indivíduos, a coletividades e ao Estado). De forma inovadora, tem-se observado o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos e a previsão de direitos da natureza – em nível constitucional e infraconstitucional.

No Equador, a Constituição de 2008 reconheceu (HIDALGO-CAPITÁN; CUBILLO GUEVARA, 2014) a natureza ou Mãe-Terra (*Pacha Mama*) como sujeito de direitos, com indicação expressa de direitos da natureza – tudo compreendido sob um novo ideário constitucional plasmado no conceito de *buen vivir* (em castelhano) ou *sumak kawsay* (em quéchua). Em sentido semelhante, a Constituição boliviana de 2009 adotou todo um ideário constitucional novo plasmado no conceito de *vivir bien* (em castelhano) ou *suma qamaña* (em aymara), com previsão de normas constitucionais ambientais dirigidas ao homem e a seres vivos não humanos, bem como reconhecendo, em nível infraconstitucional, direitos da Mãe-Terra (*Madre Tierra*) – a exemplo do que dispôs a Lei nº 071, de 21 de dezembro de 2010.

O que se vê são exemplos de novos desenvolvimentos e experimentações político-jurídicas e constitucionais que inevitavelmente influenciam a compreensão e interpretação dos direitos humanos no ambiente geográfico de jurisdição do sistema interamericano de direitos humanos, bem como a própria disposição do art. 11 do Protocolo de San Salvador – tanto na perspectiva de um direito, quanto na perspectiva de um dever dos Estados.

Contudo, passados mais de trinta anos (17.11.1988) do advento do Protocolo de San Salvador e mais de vinte anos da sua entrada em vigor (16.11.1999), o que se verifica é um estranhamento negativo quanto à baixa implementação da defesa do meio ambiente por meio dos mecanismos decisórios do sistema interamericano de direitos humanos, seja por atuação da Comissão IDH, seja por atuação da Corte IDH. Nesse sentido, o pioneirismo da Convenção Americana de Direitos Humanos (antes identificado) acabou cedendo lugar para uma certa latência no que se refere à implementação da defesa do meio ambiente em conexão com a proteção de direitos humanos, especialmente em face do direito a viver em um meio ambiente sadio previsto no Protocolo de San Salvador – que é o que se busca melhor investigar a seguir.

3. DO PIONEIRISMO À LATÊNCIA: CRÍTICA DE LIMITADA EXPLORAÇÃO DA POTENCIALIDADE NORMATIVA DO ART. 11 DO PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

Se as razões históricas – aqui já delineadas – poderiam ser compreensíveis no contexto histórico do advento do Protocolo de San Salvador como argumento para justificar uma limitação da normatização convencional e da sua interpretação e aplicação, sobretudo no que se refere ao direito de viver em um ambiente sadio, elas perdem força e plausibilidade na atual quadra histórica, em que a proteção do meio ambiente e o princípio da sustentabilidade são reconhecidos com alta relevância no plano do direito internacional e no plano do direito nacional e constitucional dos países integrantes do sistema interamericano de direitos humanos.

Como acentua Benjamin (2019, pp. 560-561), em referência ao contexto brasileiro, mas também aqui aplicável, é possível falar em “maturidade” do direito ambiental como disciplina jurídica “adulta, mas nem por isso estática”, visto que continua se desenvolvendo e apresenta bases teóricas e práticas erguidas e solidamente estruturadas (em termos legislativos, administrativos e jurisprudenciais) principalmente pelo enriquecimento de institutos e opções próprios e decorrentes das culturas, histórias e tradições de origem nacional e estrangeira.

Nesse sentido, torna-se oportuno identificar limites e possibilidades de contribuição doutrinária, teórica, institucional e jurisprudencial para o fomento da importante ponte de ligação entre a defesa do meio ambiente e os direitos humanos no contexto do sistema interamericano de direitos humanos, seja do ponto de vista do controle de convencionalidade, seja do ponto de vista da realidade concreta dos países vinculados (em maior ou menor grau) aos mecanismos de proteção e monitoramento da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A) O EXEMPLO COMPARATIVO DO MODO DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS DA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Diferentemente da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos não contém definição expressa de um direito ao meio ambiente. Na década de 70 (século XX), houve a tentativa de se inserir no seu texto uma espécie de direito ao meio ambiente humano, a partir da proposta de um Protocolo Adicional à referida Convenção, cuja elaboração foi incumbida a um grupo de especialistas para o direito do meio ambiente, comandado pelo professor alemão Heinhart Steiger (STEIGER, 1973).

O projeto de Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Direitos Humanos continha um preâmbulo e quatro artigos, que tratavam de um direito à saúde e ao bem-estar livres de prejuízos, danos e riscos intoleráveis advindos de mudanças adversas nas condições naturais da vida (art. 1), da proteção contra terceiros (art. 2), de referências à Convenção (art. 3) e da assinatura e da entrada em vigor do referido documento (art. 4).

A exposição de motivos do referido projeto de Protocolo Adicional acentuava o crescimento da preocupação com o meio ambiente na década de 70 (século XX) e com os impactos causados na vida e na saúde humanas, além da pouca normatização constitucional do tema nos países europeus. Assim, o estabelecimento do direito proposto seria um estímulo para desenvolvimentos na Europa e no mundo.

Além disso, ressaltava-se que o direito proposto teria como bem jurídico protegido a saúde individual (como critério objetivo) e o bem-estar individual (como critério subjetivo), protegidos contra alterações adversas às condições naturais da vida, que pudessem causar danos e riscos intoleráveis à saúde e prejuízos intoleráveis ao bem-estar.

A aprovação de tal proposta não logrou êxito. Segundo Yarza (2012), a razão estaria no temor da amplitude da definição dada ao direito proposto, que teria consequências jurídicas e políticas imprevisíveis e indeterminadas. Outras tentativas nesse sentido foram renovadas posteriormente, embora também não tenham logrado êxito.

No entanto, isso não impediu que a Corte Europeia de Direitos Humanos reconhecesse paulatinamente a proteção do meio ambiente como um valor relevante para a defesa dos direitos humanos.

Nesse sentido, a proteção do meio ambiente passou a ser reconhecida pela jurisprudência da Corte de Estrasburgo como um interesse público especialmente protegido, capaz não só de restringir o âmbito de proteção de alguns direitos humanos, mas também de exercer um papel de reforço à proteção de outros direitos humanos – como ocorre (YARZA, 2012) com o exemplo do direito à vida privada e familiar previsto no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Nesse último aspecto de reforço à proteção de determinados direitos humanos é que o tema da proteção do meio ambiente tem obtido maior relevância, sobretudo a partir das chamadas obrigações positivas – utilizadas pelo Tribunal de Estrasburgo como critério jurisprudencial que exige uma ação positiva dos Estados com o objetivo de efetiva proteção dos direitos humanos.

Conforme acentua Yarza (2012), essa abordagem, embora guarde semelhanças com a categoria doutrinária alemã dos deveres de proteção (*Schutzpflichten*), teria características próprias. Em primeiro lugar, as obrigações positivas dirigem-se sempre à consideração da dimensão subjetiva dos direitos humanos – e não à dimensão objetiva de direitos. Em segundo lugar, as obrigações positivas decorrem mais de uma construção jurisprudencial do que de uma aprofundada teorização e de um desenvolvimento dogmático. Além disso, as obrigações positivas estariam baseadas em dois princípios jurisprudenciais interligados. De um lado, o princípio da efetividade dos direitos, que exige uma concepção ativa de respeito aos direitos, não apenas por meio de obrigações de não ingerência, mas também por meio de obrigações de proteção – sobretudo em face de danos causados por terceiros. De outro lado, o princípio da interpretação dinâmica e evolutiva, que considera a Convenção um instrumento vivo e que exige uma interpretação dinâmica do referido instrumento de proteção de direitos humanos.

Ainda é relevante ressaltar, conforme Danese (2019, p. 123), que mesmo a construção jurisprudencial do critério de margem de apreciação nacional, utilizado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, não tem se mostrado obstáculo para a apreciação de violação de direitos humanos (especialmente o direito ao respeito pela vida privada e familiar) em conexão com a proteção do meio ambiente, a partir de uma interpretação ampliativa. Nesse sentido é que tem sido possível a formação de diversos precedentes na Corte Europeia de Direitos Humanos que permitiriam a proteção indireta (mediata) do meio ambiente a partir da garantia de proteção direta (imediata) de normas convencionais ligadas à vida e privacidade familiar, dirigidas a indivíduos e coletividades no meio urbano ou rural (preponderantemente o art. 8º da Convenção Europeia, sem prejuízo de outras disposições, como eventualmente o seu art. 2º).

É o que se viu num dos primeiros e mais famosos casos decididos pela Corte Europeia de Direitos Humanos nesse contexto (o caso *López Ostra c. Espanha*⁹¹⁹), em que a Corte expandiu o significado dos artigos previstos na Convenção Europeia para abarcar o interesse público especialmente protegido vinculado à proteção do meio ambiente.

A doutrina (DANESE, 2019) também tem identificado semelhantes parâmetros de interpretação e aplicação das normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos – em conexão com a proteção do meio ambiente – em outros importantes casos

919 Corte Europeia de Direitos Humanos. *López Ostra c. Espanha*, n.º 16798/90, 9 de dezembro de 1994.

julgados pela referida Corte, tais como: *Guerra e outros c. Itália*⁹²⁰; *Fadeyeva c. Rússia*⁹²¹; *Kolyadenko e outros c. Rússia*⁹²². Em verdade, já seria possível identificar um grande conjunto de decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos adotando as premissas do entendimento acima referido (YARZA, 2012; TEIXEIRA, 2011).

Assim, mesmo não existindo disposição expressa sobre um direito ao meio ambiente sadio ou sobre a proteção do meio ambiente nas normas de direitos humanos da Convenção Europeia, tal fator não tem se mostrado impeditivo para o desenvolvimento de critérios jurisprudenciais de interpretação e de aplicação das normas de direitos humanos em conexão com a defesa indireta (mediata) do relevante interesse de proteção ambiental. Trata-se de modo de decidir que parte de um pensar orientado para o problema fático (em razão da ausência de norma explícita de proteção ambiental) e que perquire a ocorrência de danos e riscos contundentes e de considerável gravidade.

B) O EXEMPLO COMPARATIVO DA CRESCENTE NORMATIZAÇÃO SUPRANACIONAL DA PROTEÇÃO AMBIENTAL EM VINCULAÇÃO À IDEIA DE DIREITOS

Um outro interessante ponto de vista para se pensar a limitação e latência da defesa do meio ambiente por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos é um breve olhar sobre o contínuo desenvolvimento da relevância da proteção do meio ambiente em conexão com direitos humanos em um sentido mais geral, especialmente a partir de normas supranacionais.

No caso da União Europeia, por exemplo, é clara a gradativa compreensão da relevância da proteção do meio ambiente e da sustentabilidade para a consecução dos diversos valores perquiridos tanto no Tratado da União Europeia, quanto no Tratado de Funcionamento da União Europeia e especialmente na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

A incorporação desses temas foi gradativamente ocorrendo no direito primário e secundário europeus, bem como no art. 37 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). De todo modo, em termos legais e administrativos, o direito ambiental europeu está baseado (GORJÃO-HENRIQUES, 2014) nos Tratados constitutivos, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e em documentos correlatos. Os artigos 191 a 193 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) são os parâmetros legais que guiam a política e o direito de proteção ambiental no nível europeu, em conjunto com outras disposições normativas – como o artigo 11 do Tratado da União Europeia (TUE).

920 Corte Europeia de Direitos Humanos. *Guerra e outros c. Itália* (GC), n.º 14967/89, 19 de fevereiro de 1998.

921 Corte Europeia de Direitos Humanos. *Fadeyeva c. Rússia*, n.º 55723/00, 9 de junho de 2005.

922 Corte Europeia de Direitos Humanos. *Kolyadenko e outros c. Rússia*, n.º 17423/05 e outros, 28 de fevereiro de 2012.

Especial destaque deve ser dado ao art. 11 do TFUE, visto que é entendido e utilizado (em termos de interpretação e aplicação de normas) como critério ou cláusula de integração e transversalidade, a exigir a observância dos requisitos de proteção ambiental em todas as políticas da União Europeia. Nesse sentido, poderia se cogitar aqui de semelhante entendimento, em certa medida, a ser possivelmente desenvolvido e estimulado para fins interpretativos e teleológicos do art. 11 do Protocolo de San Salvador no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, no contexto europeu, a contribuição da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, da Corte Internacional de Justiça e do Corte de Justiça da União Europeia também tem sido relevante para o desenvolvimento desse tema.

Outro importante aspecto ligado ao quadro institucional da União Europeia em termos de proteção ambiental, conforme acentua Kramer (2006), consiste no reconhecimento do papel de alguns atores institucionais – como a Comissão europeia, o Conselho, o Parlamento europeu e o Conselho europeu. De todo modo, é importante ressaltar que sempre houve limitada abertura à participação de indivíduos e organizações não governamentais junto às instituições europeias.

Se de um lado não se deve olvidar que existam dificuldades de afirmação expressa de um direito a um ambiente sadio e equilibrado a partir da formulação teórico-normativa de um direito subjetivo (ou subjetivável), bem como críticas para se avançar nesse campo, especialmente no que tange ao art. 37 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (MAGALHÃES, 2018), é incontestável a crescente vinculação entre os objetivos de proteção de direitos fundamentais, de valores individuais, sociais e de solidariedade e de sustentabilidade, também capazes de influenciar, em boa medida, não só a legislação nacional dos Estados-Membros, mas também a própria prática da Corte Europeia de Justiça e da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Do mesmo modo, no âmbito do Mercosul, ainda que em grau bem menos acentuado do que na União Europeia, o surgimento de normas de proteção ambiental no contexto da integração regional latino-americana aponta para uma evolução em maior sintonia com a regulação jurídico-ambiental dos seus países integrantes, evidenciando um contínuo desenvolvimento da defesa do meio ambiente como forma de potencializar a liberdade econômica e outros direitos de forma sustentável.

Por um lado, o instrumento constitutivo do Mercosul – Tratado de Assunção de 1991 – não deu tratamento detalhado sobre a proteção do meio ambiente em suas normas, à exceção de uma menção em seu Preâmbulo, no sentido de que a integração regional deveria ser alcançada mediante o aproveitamento eficaz dos recursos disponíveis e a proteção do meio ambiente, além do melhoramento de interconexões físicas e coordenação de políticas macroeconômicas. A simples menção no Preâmbulo não tinha efeitos

jurídicos concretos e vinculantes, assemelhando-se mais a uma menção simbólica.⁹²³

De todo modo, na própria década de 1990, iniciaram-se esforços para uma melhor consideração do meio ambiente nas políticas do Mercosul. Um avanço mais concreto ocorreu com a adoção do Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul, celebrado em Assunção (Paraguai), em 22 de junho de 2001.⁹²⁴

Não houve adoção de uma cláusula consistente em um direito a viver em um meio ambiente sadio, mas uma série de disposições que: reafirmam o compromisso com instrumentos internacionais (e.g. os princípios da Declaração da Rio 92); fomentam maior cooperação pelos Estados-Partes na tarefa transversal de proteção ambiental nas diversas políticas e áreas temáticas do bloco; fomentam a participação civil em temas envolvendo defesa do meio ambiente e a viabilidade de discussão das normas do Acordo-Quadro por sistema de solução de controvérsias do Mercosul.

O mencionado Acordo-Quadro também reforça o compromisso dos Estados Partes para a proteção do meio ambiente no âmbito do Mercosul e pode contribuir para uma interpretação mais integrativa da legislação doméstica dos Estados Partes. Contudo, deve-se mencionar que o seu teor normativo revela uma natureza eminentemente programática e destituída de prazos, sanções ou vinculações jurídicas mais firmes.

Os exemplos acima mencionados, em complemento ao desenvolvimento observado na prática interpretativa e jurisprudencial da Corte Europeia de Direitos Humanos, reforçam a compreensão acerca da necessidade (e possibilidade) de maior desenvolvimento da prática institucional, normativa e interpretativa vinculada à Convenção Americana de Direitos Humanos quanto ao direito a viver em um meio ambiente sadio (art. 11 do Protocolo de San Salvador).

C) O DESAFIO POLÍTICO E TEÓRICO-HERMENÊUTICO REPLICÁVEL EM MÚLTIPLOS NÍVEIS DE NORMATIZAÇÃO

Os pontos anteriormente abordados já permitem entrever um outro aspecto que impacta a interpretação e aplicação da norma de proteção ambiental da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Independentemente do nível normativo que se queira avaliar (direito internacional, direito supranacional, direito nacional constitucional ou legal), uma necessária reflexão teórico-doutrinária sempre estará a impactar a potencialidade normativa e interpretativa da defesa do meio ambiente em conexão com os direitos humanos, a depender de que fórmula adotar e quais as consequências de sua adoção.

923 No Brasil, o Tratado de Assunção foi promulgado por meio do Decreto nº 350, de 21 de novembro de 1991.

924 No Brasil, o Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul foi promulgado por meio do Decreto nº 5.208, de 17 de setembro de 2004.

Assim, conforme as soluções e opções adotadas e as peculiaridades histórico-culturais e jurídicas, diferentes formulações podem ser encontradas. Um bom exemplo é a comparação de disposições constitucionais de diferentes países no tratamento da proteção do meio ambiente. Alguns países optam pela afirmação de um direito ao meio ambiente, enquanto outros a rejeitam peremptoriamente. Há países que adotam apenas a indicação de um objetivo estatal de proteção ambiental ou de sustentabilidade ecológica, enquanto outros acentuam um efetivo dever do Estado e, em alguns casos, até mesmo da coletividade e dos indivíduos em geral. De forma geral, pode-se pensar doutrinariamente em categorias jurídico-constitucionais como direito fundamental, objetivo estatal, mandamento ao legislador ou elemento de programaticidade constitucional (BRÖNNECKE, 1999). Também é possível se falar em mandado de proteção, direito social, dever constitucional, cláusula de restrição de direitos, catálogo de direitos e deveres e a opção de ausência de previsão normativa (YARZA, 2012).

De todo modo, o reconhecimento de um direito constitucional ao meio ambiente faz questionar, em seguida, sobre os elementos constitutivos da norma e sobre o regime jurídico a ele aplicável – que pode ser igual ou diferenciado em comparação com direitos individuais civis e políticos e direitos coletivos sociais, econômicos e culturais. Ao mesmo tempo, questiona-se sobre a forma de interpretação de um tal direito (ou interesse coletivo) em harmonia com os demais direitos e interesses coletivos.

Em última análise, ainda que haja o reconhecimento formal de uma prescrição de defesa do meio ambiente em maior ou menor aproximação à ideia de um direito (humano/fundamental), o passo seguinte de interpretação e compreensão operacional possível e desejável se torna essencial. Optar pela afirmação autônoma do direito ao meio ambiente ou interpretá-lo como extensão de outros direitos (vida, saúde, integridade física) são opções possíveis, mas que podem requerer fundamentações e critérios distintos.

Em outras palavras, e com o olhar voltado para o nosso objeto de estudo, trata-se da pergunta sobre a forma como foi desenhada a prescrição normativa de defesa do meio ambiente no Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, sobre que regime jurídico é aplicável a ela, sobre que pressupostos de compreensão teórico-dogmática podem ser aplicáveis para se definir o bem jurídico protegido (conceito amplo ou restrito), sobre a sujeição ativa e passiva, sobre a justiciabilidade do direito, etc.

Da leitura conjugada do art. 11 c/c art. 1 c/c at. 19 (n. 6), todos do Protocolo Adicional de San Salvador, em sintonia com o art. 26 e outros dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como da observação de todo o contexto funcional e normativo desse instrumento regional de proteção de direitos humanos, o que se verifica são limitações já estabelecidas pelo próprio desenho normativo da Convenção Americana e do Protocolo de San Salvador – sobretudo do ponto de vista de

aplicação de um regime jurídico limitador da disposição referida ao direito a viver em um ambiente sadio. Conforme afirma Gellers (2017, p. 13), o direito reconhecido no art. 11 acaba sendo frustrado pelo disposto no art. 19 (n. 6), na medida em que não se permite a sua invocação para fins de fundamentar o acesso ao sistema de petições individuais e o consequente acesso de uma reclamação ambiental individual seguir para a Comissão IDH. Além disso, Boyd (2012, p. 85) acentua que o disposto no art. 1 do Protocolo de San Salvador, quanto à finalidade de progressiva – e não imediata – efetividade dos direitos contidos nesse instrumento jurídico, também levaria a doutrina a evidenciar a fraqueza da força normativa dos direitos ali estabelecidos.

Mas essas limitações podem ser superadas ou reduzidas para potencializar a interpretação e aplicação da defesa do meio ambiente em conexão com a proteção dos direitos humanos na Convenção Americana de Direitos Humanos – sobretudo ao se considerar o atual estágio de desenvolvimento da proteção ambiental no direito internacional, no direito supranacional e no direito constitucional e legal da maior parte dos países do mundo e daqueles que integram a OEA.

Em primeiro lugar, a forma mais simples, mas difícil politicamente, seria a própria revisão do desenho normativo que limita a interpretação e aplicação do art. 11 do Protocolo de San Salvador – consideradas diversas possibilidades de experimentalismo institucional e normativo, a exemplo dos sistemas supranacionais de integração e de suas normas jurídicas de proteção ambiental. Em síntese, a via de reforma legislativa das normas convencionais –pela inclusão de novo protocolo adicional ou pela revisão do texto da Convenção.

Em segundo lugar, fomentar ampliação e maior desenvolvimento dos processos de interpretação e aplicação da defesa do meio ambiente no contexto da Convenção Americana de Direitos Humanos, pensados a partir de novos enfoques institucionais e critérios jurisprudenciais e interpretativos – a exemplo daquilo que tem sido desenvolvido pela Corte Europeia de Direitos Humanos, ainda que a Corte de Estrasburgo não tenha à sua disposição o suporte de uma expressa disposição convencional sobre a proteção do meio ambiente.

D) A CRÍTICA DOUTRINÁRIA QUANTO À LIMITAÇÃO DA PRÁTICA JURISPRUDENCIAL DA CORTE IDH E DA PRÁTICA INSTITUCIONAL DA COMISSÃO IDH EM DISCUTIR A DEFESA DO MEIO AMBIENTE DE FORMA AUTÔNOMA E DE FORMA VINCULADA A DIREITOS EM GERAL

Em termos gerais, a doutrina tem se posicionado criticamente quanto a uma certa limitação, latência ou timidez das decisões oriundas do sistema interamericano de direitos humanos no que se refere à afirmação da proteção do meio ambiente de forma mais ampla – em conexão com outros direitos fundamentais ou mesmo de forma mais autonomizada.

Nesse sentido, tem-se defendido a possibilidade de se avançar para uma interpretação mais abrangente e ampliadora dos direitos humanos no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, inclusive pelo fato de haver previsão expressa de um direito a viver em um ambiente sadio no Protocolo de San Salvador.

Mazzuoli e Teixeira (2013), por exemplo, acentuam a ideia de fomento de um *greening* (esverdeamento ou ecologização) das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos a partir da atuação da Comissão IDH e da Corte IDH, ressaltando não haver dúvida, como uma espécie de piso interpretativo, acerca da potencialidade do art. 11 do Protocolo de San Salvador funcionar como uma norma de interpretação para o cumprimento da Convenção Americana. Contudo, essa ampliação de interpretação e aplicação da norma de proteção ambiental deve avançar para além dos casos de vinculação exclusiva a direitos de populações econômicas mais vulneráveis (como comunidades indígenas, quilombolas e camponesas das Américas).

De fato, não se pode olvidar a relevância do sistema interamericano de proteção de direitos humanos para diversas coletividades culturais como comunidades indígenas, povos tradicionais e camponeses, quilombolas, etc. A proteção dos direitos humanos dessas coletividades – e.g. propriedade (terras), vida, saúde, liberdade, garantias processuais, direitos procedimentais – é fundamental e deve ser preservada.

Contudo, o ponto da crítica aqui formulada se centra no fato de que a Comissão IDH e a Corte IDH praticamente só têm tratado da proteção do meio ambiente (de forma reflexa, indireta ou mediata) em relação a direitos dessas coletividades, ou seja, a partir da leitura e interpretação de direitos humanos apenas dessas coletividades e em sua dimensão coletiva.

Desse modo, a Comissão IDH e a Corte IDH se afastariam da discussão de invocação da proteção ambiental em conexão com a dimensão individual de direitos humanos de pessoas em geral e para além do contexto dessas coletividades. Elas também se afastariam da discussão da proteção autônoma e independente de um direito a viver em um meio ambiente sadio, tal como posto no art. 11 do Protocolo de San Salvador.

Mesmo que se reconheça o fato de que muitos países não ratificaram o referido Protocolo (e a própria Convenção Americana), esse suposto óbice não seria obstáculo para aqueles que o ratificaram. Além disso, mesmo para aqueles países que não ratificaram o Protocolo, em tese, nada impediria o desenvolvimento do debate de interpretação da proteção ambiental em conexão com direitos e deveres contidos na Declaração Americana (ainda que em grau menor de vinculação).

Varela e Stival (2017, p. 269) também apresentam crítica em sentido semelhante, ao destacar que as questões ambientais só passariam a ter relevância quando violassem outros direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos

e que haveria uma “supervalorização do direito ao território indígena e da saúde das comunidades e apenas estas questões são priorizadas em relação à degradação ambiental”, o que evidenciaria certa fragilidade ecológica da jurisprudência da Corte IDH e das decisões da Comissão IDH. Assim, ainda que outros direitos pudessem ser indicados como violados (e.g. saúde e propriedade), ficaria a discussão de proteção ambiental vinculada ao contexto de discussão do direito coletivo dessas comunidades indígenas e povos tradicionais.

Isso poderia ser observado, conforme ressaltam Mazzuoli e Teixeira (2013), em diversos casos da Corte IDH, tais como: *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicarágua*⁹²⁵, *Moiwana c. Suriname*⁹²⁶, *Comunidade Indígena Yakye Axa c. Paraguai*⁹²⁷, *Povo Saramaka c. Suriname*⁹²⁸, *Comunidade Indígena Sawhoyamaya c. Paraguai*⁹²⁹. Além disso, Stival (2018) também aponta outros casos que apresentariam semelhante situação, a saber: *Povo Indígena Kichwa Sarayaku c. Equador*⁹³⁰, *Povo Indígena Xucuru e seus membros c. Brasil*⁹³¹.

Stival (2018) também acentua que há uma excessiva valorização de direitos civis e políticos no sistema interamericano de direitos humanos, em detrimento de maior observância dos direitos econômicos, sociais e culturais – que acabam entrando em cena apenas quando se discutem direitos coletivos de comunidades indígenas.

Além disso, haveria situações de discussão de proteção ambiental como decorrência da violação de direitos procedimentais, a exemplo do caso *Claude Reyes e outros c. Chile*⁹³². Contudo, mesmo nesse novo enfoque, ainda haveria margem para uma expansão da interpretação e aplicação da norma de proteção ambiental da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No âmbito de análise da Comissão IDH, a crítica acima exposta também se aplicaria em diversos casos em que a proteção do meio ambiente teria sido trazida em alegações de peticionantes ou apenas discutida (implícita ou explicitamente) de forma reflexa pela Comissão IDH, mas limitando-se apenas à dimensão coletiva de direitos

925 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicarágua*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2001, Série C No. 79.

926 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Comunidade Moiwana c. Suriname*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 de junho de 2005, Série C No. 124.

927 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Comunidade Indígena Yakye Axa c. Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 17 de junho de 2005, Série C No. 125.

928 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Povo Saramaka c. Suriname*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2007, Série C No. 172.

929 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Comunidade Indígena Sawhoyamaya c. Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29 de março de 2006, Série C No. 146.

930 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Povo Indígena Kichwa Sarayaku c. Equador*, Mérito e Reparações, Sentença de 27 de junho de 2012, Série C No. 245.

931 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Povo Indígena Xucuru e seus membros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de fevereiro de 2018, Série C No. 346.

932 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Claude Reyes e outros c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 19 de setembro de 2006, Série C No. 151.

das diversas comunidades indígenas e povos tradicionais. Nesse sentido, Teixeira (2015) apontaria os seguintes exemplos: *Mercedes Julia Huenteao Beroiza e outras* (Chile)⁹³³, *Comunidades Indígenas Maias do Distrito de Toledo* (Belize)⁹³⁴, *Comunidade de San Mateo de Huanchor e seus membros* (Peru)⁹³⁵, *Comunidades Indígenas Ngöbe e seus membros no Vale do Rio Changuinola* (Panamá)⁹³⁶.

Nesses casos, haveria discussão de direitos coletivos das comunidades indígenas e povos tradicionais (propriedade, vida, saúde, liberdade, direitos procedimentais, garantias jurídicas) em face de externalidades decorrentes de atividades econômicas diversas (construção de usinas hidrelétricas, mineração e rejeitos tóxicos, licenças para exploração madeireira), em que a discussão da proteção ambiental seria reflexa e captada a partir dos danos causados à dimensão coletiva dos direitos dessas coletividades.

Danese (2019) também aponta outro caso envolvendo o Brasil em atividades de construção de usinas hidrelétricas, com decisões em medidas cautelares que se enquadrariam na mesma crítica acima mencionada, embora contivessem características processuais distintas e peculiaridades a influenciar a análise feita pela Comissão IDH, a saber: *Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu*, Pará (Brasil)⁹³⁷.

Teixeira (2015) também ressalta que outros casos discutidos na Comissão IDH não apresentariam vinculação direta a comunidades indígenas ou povos tradicionais, mas também não trariam maior desenvolvimento sobre a discussão da proteção do meio ambiente em novas frentes ou dimensões ou em conexão a outros direitos coletivos e individuais, a saber: *Parque Natural Metropolitano* (Panamá)⁹³⁸ e *Comunidade de La Oroya* (Peru)⁹³⁹. O primeiro exemplo acima trataria da impugnação de construção de via pública em área de reserva ecológica, tendo a petição sido apresentada por um indivíduo em nome de todos os cidadãos da República do Panamá. O segundo exemplo acima trataria de poluição atmosférica causada por complexo metalúrgico – sendo esse último o que mais se aproximaria, em termos de pretensão postulada na petição inicial, ao que se discute no modelo europeu.

Como nova abordagem interpretativa possível e capaz de ser melhor explorada, Stival (2018) aponta e desenvolve interessante exemplo, consistente na possibilidade de

933 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Mercedes Julia Huenteao Beroiza e outras*, Chile, Relatório No. 30/04, Petição No. 4617/02, Solução Amistosa, 11 de março de 2004.

934 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Comunidades Indígenas Maias do Distrito de Toledo*, Belize, Relatório No. 40/04, Caso 12.053, Mérito, 12 de outubro de 2004.

935 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Comunidade de San Mateo de Huanchor e seus membros*, Peru, Relatório No. 69/04, Petição No. 504/03, Admissibilidade, 15 de outubro de 2004.

936 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Comunidades Indígenas Ngöbe e seus membros no Vale do Rio Changuinola*, Panamá, Relatório No. 75/09, Petição No. 286-08, Admissibilidade, 5 de agosto de 2009.

937 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu*, Pará, Brasil, Medidas cautelares MC 382/10, 1º de abril de 2011 e 29 de julho de 2011.

938 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Parque Natural Metropolitano*, Panamá, Relatório No. 88/03, Petição No. 11.533, Inadmissibilidade, 22 de outubro de 2003.

939 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Comunidade de La Oroya*, Peru, Relatório No. 76/09, Petição No. 1473-06, Admissibilidade, 5 de agosto de 2009.

a Comissão IDH e a Corte IDH avancarem na interpretação e aplicação das normas convencionais para tratar da violação da qualidade de vida ambiental não apenas em casos de questões indígenas, mas também em razão de problemas ambientais urbanos – o que, de certa forma, foi incipientemente tratado apenas pela Comissão IDH no caso *Comunidade de La Oroya* (Peru)⁹⁴⁰.

Danese (2019) também reconhece três grandes vertentes de abordagem da proteção do meio ambiente no contexto da interpretação e aplicação das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos, embora sempre limitadas sob o enfoque de uma dimensão coletiva do direito discutido: (i) vinculada a outros direitos da Convenção; (ii) vinculada a direitos procedimentais; e (iii) vinculada a direitos de acesso a justiça. Nesse sentido, ela destaca que há uma prevalente vinculação aos direitos dos povos indígenas (perpetuação cultural e espiritual) e não necessariamente ao bem-estar físico individual.

De fato, esse último aspecto apontado como pouco explorado – enfoque de vinculação entre proteção ambiental e bem-estar físico individual – parece ser um caminho promissor para um maior desenvolvimento das potencialidades normativas da defesa do meio ambiente no contexto da Convenção Americana de Direitos Humanos, inclusive pelo fato de que já é uma forma de interpretação e metodologia de resolução de casos existente nas experiências da Corte Europeia de Direitos Humanos e das cortes constitucionais de diversos países – inclusive daqueles em que não há uma norma constitucional afirmando um direito ao meio ambiente sadio.

Além disso, é preciso ressaltar que a redação do art. 11 do Protocolo de San Salvador permite o reconhecimento de perspectivas subjetivas e objetivas de proteção normativa, o que favorece desenvolvimentos e experimentações no sentido acima referido – o que certamente é um ganho objetivo e uma vantagem em relação a outras situações de ausência de previsão (Convenção Europeia de Direitos Humanos) ou de previsão de uma norma meramente objetiva e dirigida aos Estados (art. 37 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia).

Outro argumento possível de ser explorado é a própria constatação do crescente desenvolvimento de abordagens legais e constitucionais de países latino-americanos mais voltadas a visões ecocêntricas e biocêntricas de direito, o que permitiria à Comissão IDH e à Corte IDH, em eventual revisão de casos, explorar essas perspectivas oriundas do plano jurídico nacional e debatê-las em harmonização crescente com a própria normatividade decorrente da Convenção Americana – a partir de perspectivas individuais e coletivas ligadas ao direito à vida, à saúde, ao direito ao meio ambiente, etc.

Por fim, vale ressaltar que a abordagem aqui trazida não pretende esgotar nem descrever minuciosamente todos os casos existentes no âmbito do sistema interamerica-

940 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Comunidade de La Oroya*, Peru, Relatório No. 76/09, Petição No. 1473-06, Admissibilidade, 5 de agosto de 2009.

no de direitos humanos que tenham vinculação com a questão ambiental – o que, em verdade, fugiria ao escopo do presente estudo.

Em verdade, o que se pretende enfatizar nesse ponto da análise são os elementos de crítica doutrinária existentes sobre as limitações de ordem normativa, institucional, interpretativa e de aplicação das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos relativas à proteção do meio ambiente. Nesse sentido, defende-se que tais limitações podem (e devem) ser superadas, com vistas a garantir não só uma ponte de ligação mais larga, firme e fecunda entre o DIDH e o DIMA, mas também o avanço e o robustecimento da proteção ambiental no cenário que atualmente se verifica no sistema interamericano de direitos humanos. Além disso, o próprio suporte no debate doutrinário é ferramenta essencial a ser levada em conta para seguir nesse caminho.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo ressalta a importância de uma contínua relação entre os campos do Direito Internacional do Meio Ambiente e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de forma dinâmica e interativa, a fim de contribuir para a maior proteção do meio ambiente em conexão com os direitos humanos – propósito esse que tem apresentado importantes influxos desde a década de 1970. Ainda que seja possível identificar afinidades entre eles, os referidos campos do direito internacional não se confundem totalmente nem se apartam inteiramente. De todo modo, a busca de suas finalidades os aproximam, na medida em que a proteção dos direitos humanos, a proteção do meio ambiente e a busca pelo desenvolvimento sustentável e pela erradicação da pobreza são assuntos transversais a eles. Assim, pontes de ligação entre os referidos campos são necessárias, possíveis e desejáveis.

Uma interessante ponte de ligação aqui destacada decorre das previsões normativas das normas regionais e internacionais dos direitos humanos. Nesse sentido, destaca-se o exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, visto que há disposição expressa sobre o direito a viver em um meio ambiente sadio – bem como o dever dos Estados Partes para proteger, preservar e melhorar o meio ambiente – no Protocolo Adicional de San Salvador (art. 11), em complemento adicional à referida Convenção.

A compreensão do pioneirismo dessa previsão normativa no contexto do sistema interamericano de direitos humanos, considerado o momento histórico de sua criação e as mudanças ocorridas no plano internacional e no plano nacional de diversos países americanos, inclusive em termos teóricos-dogmáticos, é relevante e deve ser destacada.

Contudo, o que a doutrina tem revelado é uma certa latência, limitação ou falta de avanço e desenvolvimento das capacidades interpretativas e de aplicação das normas de proteção ambiental da Convenção Americana de Direitos Humanos mesmo após o advento do Protocolo de San Salvador.

Esse contraste é mais acentuado ao se refletir sobre o avanço da proteção jurídica do meio ambiente no direito internacional, no direito supranacional e no direito constitucional e interno de diversos países do mundo – mas sobretudo em países latino-americanos. De certa forma, o pouco avanço do tema no sistema interamericano de direitos humanos contrasta com o movimento de constitucionalização da proteção do meio ambiente em países latino-americanos desde a década de 1970 (mais expressivamente a partir das décadas de 1980 e 1990) e até na década de 2000.

A constatação de um certo descompasso do cenário do sistema interamericano de direitos humanos em relação às possibilidades de compreensão dos direitos humanos em conexão com a proteção do meio ambiente, na atual quadra histórica, também é explorada de forma comparativa com outros parâmetros de análise.

Em primeiro lugar, evidencia-se o contraste acima mencionado a partir da análise do desenvolvimento alcançado pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos em relação à proteção do meio ambiente por meio do conceito de obrigações positivas e por meio da possibilidade de defesa indireta (mediata) da proteção do meio ambiente a partir de outras normas convencionais (e.g. direito à vida e privacidade familiar). Esse contexto demonstra um avanço que não depende de referência textual expressa da proteção do meio ambiente na Convenção Europeia de Direitos Humanos e que se volta também à proteção do bem-estar individual em sentido amplo.

Em segundo lugar, evidencia-se o contraste acima mencionado a partir da análise do desenvolvimento alcançado em experiências de normatização supranacionais, a partir do exemplo da União Europeia e do Mercosul. De um lado, o modelo europeu demonstra ampla regulamentação da proteção do meio ambiente nos seus tratados constitutivos (TUE, TFUE, CDFUE) – que se tornam parâmetros relevantes para a prática institucional do bloco europeu e para a atividade jurisprudencial da Corte de Justiça da União Europeia (com possíveis reverberações até mesmo para a Corte Europeia de Direitos Humanos). De outro lado, o modelo latino-americano apresenta um desenvolvimento mais tímido, mas que também realça um novo caminho complementar e reforçador da possibilidade de exploração da norma ambiental existente no contexto da Convenção Americana de Direitos Humanos pela via do Protocolo de San Salvador.

Em terceiro lugar, evidencia-se o contraste acima mencionado a partir da análise política e teórico-dogmática dos desafios inerentes à formulação, interpretação, aplicação e garantia de normas de proteção ambiental – que se replicam em qualquer grau de normatização (internacional, regional, supranacional, constitucional e legal). Nesse contexto, a maior ou menor regulamentação e vinculação a um regime jurídico específico podem ter relação direta com o maior ou menor sucesso na interpretação e aplicação das normas ambientais e na consequente garantia do bem jurídico protegido – o meio ambiente sadio e equilibrado. Além disso, entende-se que o regime jurídico

desenhado no Protocolo de San Salvador (art. 11 c/c art. 1 c/c art. 19 (n. 6)) limita as potencialidades da norma de proteção ambiental no contexto da Convenção Americana de Direitos Humanos, mostra-se relativamente anacrônico com a compreensão atual de direitos coletivos e difusos, o que pode ser aprimorado por mudanças legislativas, mas não impede possibilidades de desenvolvimento pela via interpretativa.

Em quarto lugar, evidencia-se o contraste acima mencionado a partir da análise da crítica doutrinária a respeito da prática institucional e jurisprudencial da Comissão IDH e da Corte IDH, demonstrável em diversos casos já analisados e julgados, quanto às limitações e potencialidades normativas e interpretativas referentes ao texto e às normas da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse sentido, a doutrina critica a falta de avanço e robustecimento da proteção ambiental no sistema interamericano, que fica muito vinculada ao direito à vida, à saúde e à propriedade apenas de populações econômicas mais vulneráveis (como comunidades indígenas, quilombolas e camponesas das Américas), mas pouco desenvolvida em termos de interpretação direta e autonomizada da norma do art. 11 do Protocolo de San Salvador, bem como em termos de sua interpretação vinculada com outros direitos humanos individuais e coletivos – inclusive de pessoas que vivem em ambiente urbano. Há uma supervalorização da vinculação da proteção a certos direitos coletivos de certos sujeitos de direitos, em detrimento de uma maior exploração da potencialidade de vinculação da proteção do meio ambiente com direitos individuais (dimensão individual) e direitos coletivos outros.

A avaliação conjunta dos diferentes pontos de vista aqui analisados leva à conclusão de que, na atual quadra histórica dos direitos humanos e da proteção jurídica do meio ambiente nos países e no mundo, não só é possível, mas também desejável a superação de limitações de ordem institucional, hermenêutica, interpretativa e de aplicação das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos, a fim de se conferir maior efetividade à expressa norma de proteção ambiental existente no art. 11 do Protocolo Adicional de San Salvador, a qual pode (e deve) ser interpretada e aplicada tanto de forma autônoma, quanto de forma vinculada (proteção mediata, indireta ou por conexão) com direitos humanos individuais e coletivos em geral.

BIBLIOGRAFIA

- BENJAMIN, Herman. Breve nota sobre a evolução e o estado atual do direito ambiental brasileiro. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Doutrina*: edição comemorativa, 30 anos. Brasília: STJ, 2019, pp. 545-563.
- BIRNIE, Patricia W.; BOYLE, Alan E.. *Basic documents on International Law and the environment*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- BOYD, David R. *The environmental rights revolution: a global study of constitutions, human rights, and the environment*. Vancouver/Toronto: UBC Press, 2012.
- BRÖNNEKE, Tobias. *Umweltverfassungsrecht: Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen im Grundgesetz sowie in den Landesverfassungen Brandenburgs, Niedersachsens und Sachsens*. Baden-Baden: Nomos Verl. Ges., 1999.

DANESE, Paula Monteiro. *Meio ambiente na contemporaneidade: de sua proteção à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2019.

EPINEY, Astrid; SCHEYLI, Martin. *Umweltvölkerrecht: völkerrechtliche Bezugspunkte des schweizerischen Umweltrechts*. Bern: Stämpfli, 2000.

GELLERS, Joshua C. *The global emergence of constitutional environmental rights*. London, New York: Routledge, 2017.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (Org.). *Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2014.

HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis; CUBILLO GUEVARA, Ana Patricia. Seis debates abiertos sobre el sumak kawsay. *Íconos Revista de Ciencias Sociales*, n.48, pp. 25-40, Quito, jan. 2014.

JAIMES, Veronica de La Rosa. The Arctic Athabaskan Petition: where accelerated arctic warming meets human beings. *California Western International Law Journal*, vol. 45, n. 2, pp. 213-260, 2015.

KRÄMER, Ludwig. Thirty years of environmental governance in the European Union. In: MACRORY, Richard. *Reflections on 30 years of EU environmental law: a high level of protection?* Groningen: Europa Law Publishing, 2006, pp. 553-575.

LANDA, Cesar. La constitucionalización del derecho peruano. *Derecho PUCP: revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, v. 71, pp. 13-37, 2013.

LUNO, Antonio Enrique Pérez. Las generaciones de derechos humanos. *Revista da AGU*. Brasília-DF: AGU, ano XIII, n. 42, pp.39-74, out./dez. 2014.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. A justiciabilidade do direito à saúde, previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a partir de sua dimensão de proteção ambiental. *Revista de Direito Sanitário – CEPEDISA* (Núcleo de Pesquisas em Direito Sanitário NAP-DISA/USP), São Paulo: LTR, v. 9, nº 2, pp. 132-150, jul./out. 2008.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. The Improvement of Article 37 of the EU Charter of Fundamental Rights - A Choice Between an Empty Shell and a Test Tube? In: JENDROSKA, Jerzy; BAR, Magdalena. (Org.). *Procedural environmental rights: Principle X in theory and practice*. Cambridge: Intersentia, 2018, pp. 97-118.

MATEO, Ramón Martín. *Manual de derecho ambiental*. Madrid: Trivium, 1995.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o *greening* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Revista Direito GV*, vol. 9, n. 1, São Paulo, pp. 199-242, jan./jun. 2013.

MURANI, Francesco; SCHIANO DI PEPE, Lorenzo. *Tutela transnazionale dell'ambiente: principi, regole, problemi*. Bologna: il Mulino, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SAND, Peter H. The evolution of international environmental law. In: BODANSKY, Daniel; BRUNNÉ, Jutta; HEY, Ellen (Ed.). *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 29-43.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva e. Meio ambiente e direitos humanos: diálogo entre os sistemas internacionais de proteção. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *O novo direito internacional do meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 13-58.

STEIGER, Heinhard (Rapporteur/Reporter/Berichterstatter). *Le droit à un environnement humain: proposition*

pour un protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme = *The right to a Humane Environment: Proposal for an additional Protocol to the European Human Rights Convention* = *Das Recht auf eine menschenwürdige Umwelt: Vorschlag eines Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Le Groupe de Travail pour le droit de renvironnement (Bonn)* = *The Working Group for Environmental Law (Bonn)* = *Arbeitskreis für Umweltrecht (Bonn)*. Berlin: Erich Schmidt, 1973.

STIVAL, Mariane Morato. *Direito internacional do meio ambiente: o meio ambiente na jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2018.

TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. *Greening no sistema interamericano de direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2011.

TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Proteção ao meio ambiente e aos povos indígenas e tradicionais no sistema interamericano de direitos humanos. *Revista Jurídica UNIGRAN*, v. 17, n. 33, pp. 43-58, jan./jun. 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. 2ª ed. rev. e atual. Brasília: FUNAG, 2017.

VARELLA, Marcelo Dias; STIVAL, Mariane Morato. Possível inovação na construção da jurisprudência internacional sobre meio ambiente. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 114, pp. 261-298, jan./jun. 2017.

VASAK, Karel. La Déclaration universelle des droits de l'homme 30 ans après. In: *Le Courrier de l'UNESCO: une fenêtre ouverte sur le monde*. Paris: Unesco, 30^e année, novembre 1977, pp. 28-29, 32.

VASAK, Karel. Pour um troisième génération des droit de l'homme. In: SWINARSKI, Christophe (Ed.). *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* = *Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles in honour of Jean Pictet*. Genève/La Haye: Comité international de la Croix-Rouge/Martinus Nijhoff, 1984, pp. 837-850.

VASAK, Karel. Vers un droit international spécifique des droits de l'homme (Conclusion). VASAK, Karel (Org.). *Les dimensions internationales des droits de l'homme: Manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités*. Paris: Unesco, 1980 (reimpressão), pp. 707-715.

YARZA, Fernando Simón. *Medio ambiente y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

DE AARHUS A ESCAZÚ: A Oponibilidade do Direito ao Meio Ambiente na Corte Interamericana de Direitos Humanos

José Antônio Tietzmann e Silva

Dimas Pereira Duarte Júnior

RESUMO: O reconhecimento do meio ambiente como tema internacional é recente na história, havendo vindo a lume com a Conferência da ONU sobre o Meio Humano, realizada em Estocolmo, no ano de 1972. Esse direito, já internalizado no ordenamento jurídico da maioria dos Estados nacionais, encontra-se, hoje, consolidado no cenário internacional, por meio de tratados internacionais que versam tanto sobre a proteção ambiental, quanto sobre direitos humanos *stricto sensu*. Está também presente nos trabalhos do Conselho de Direitos Humanos da ONU, como em julgados de cortes internacionais. Diante disso, busca-se analisar o direito o direito humano ao meio ambiente no âmbito do sistema interamericano, em especial a partir da Opinião Consultiva 23/17, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Primeiramente, trata dos fundamentos do direito ao meio ambiente sob a perspectiva dos direitos humanos, ao amparo da Convenção de Aarhus, de 1998, e do Acordo de Escazú, de 2008. Em seguida, aborda a Opinião Consultiva de novembro de 2017, trazendo seus principais aspectos e seus efeitos mais prováveis quanto à oponibilidade e à efetividade do direito ao meio ambiente. As conclusões remetem, de uma parte, à contribuição da *opinio* à efetividade desse direito; de outra parte, se apresenta a necessidade de se emendar o Protocolo de São Salvador, inscrevendo a oponibilidade do direito ao meio ambiente perante a Corte.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente. Direitos Humanos. Corte Interamericana. Opinião Consultiva 23/17.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os fundamentos do direito ao meio ambiente; a. Um direito que se afirma a partir dos direitos humanos e da proteção ambiental; i. O direito ao meio ambiente sob a ótica dos direitos humanos; ii. O direito ao meio ambiente sob a ótica da proteção ambiental; 2.1 Os direitos de acesso e o direito humano ao meio ambiente: as Convenções de Aarhus e Escazú; 2.1.1 Aarhus: um tratado europeu com vocação mundial; 2.1.2. Escazú: um regionalismo necessário; 3. A Corte Interamericana e os direitos de acesso na OC 23/17: que impactos na efetividade do Protocolo de San Salvador?; 3.1 A contextualização da OC 23; 3.1.1. Fatos; 3.1.2 Fundamentos jurídicos; 3.2 Como pode essa opinião impactar no direito ao meio ambiente?; 3.2.1 De um direito inoponível às obrigações positivas dos Estados; 3.2.2 Os efeitos da Opinião para além da Corte; 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Se a construção do hoje conhecido Direito Internacional dos Direitos Humanos ocorreu de maneira mais intensa com a institucionalização das relações entre os Estados, notadamente com o advento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o direito ao meio ambiente veio a lume um pouco mais tarde, no plano internacional. Mais precisamente, quando da apreensão onusiana da questão ambiental.

Com efeito, em não havendo figurado explicitamente na Declaração Universal de 1948, tampouco nas normas que a juridicizaram - os Pactos de 1966 - o direito ao meio ambiente aparece inicialmente no plano internacional num texto meramente declaratório, a Declaração final da Conferência de Estocolmo - Conferência da ONU sobre o Meio Humano - realizada em 1972. (KISS e BEURIER, 2000)

Ali se afirma o direito do homem “ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar”, direito ao qual se espelha a obrigação solene “de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.” (ONU, 1972)⁹⁴¹

Esse direito, já internalizado no ordenamento jurídico da grande maioria dos Estados nacionais, encontra-se, hoje, consolidado no cenário internacional. Por certo, figura tanto em tratados internacionais que dizem respeito à proteção ambiental, como em convenções que tratam dos direitos humanos *stricto sensu*. Está também presente nos trabalhos do Conselho de Direitos Humanos da ONU, como em julgados de cortes internacionais.

Abordar o direito humano ao meio ambiente não é, portanto, uma tarefa dotada de um ineditismo capaz de impressionar os que se debruçam sobre o tema.

Ocorre, entretanto, que a afirmação desse direito no plano interamericano se deu por meio do Protocolo de São Salvador, de 1988, (BRASIL, 1999), texto que não permite que o “direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos”, afirmado em seu artigo 11, possa ser oposto perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ou seja, trata-se de direito que se encontra afirmado literalmente no texto do tratado, mas cujo respeito não pode ser cobrado dos Estados - nem substantiva, nem adjetivamente. Isso, pois o artigo 19.6 desse mesmo Protocolo limita o uso do sistema de petições individuais aos artigos 8, “a”, e 13 do texto, que tratam, respectivamente, dos direitos sindicais e do direito à educação.⁹⁴²

941 Princípio 1 da Declaração de Estocolmo: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.”

942 Para consultar a íntegra do texto do Protocolo de San Salvador, vide http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm, acesso em 22.1.2020.

Pois bem, à afirmação do direito humano ao meio ambiente atrelam-se os chamados “direitos de acesso” - informação, participação e acesso à justiça -, que são considerados como procedimentais ou instrumentais em relação a esse direito. Reconhecidos pela Convenção de Aarhus, de 1998, assim como pelo Acordo de Escazú, firmado duas décadas depois, aparecem enquanto obrigações positivas que a Corte Interamericana reconhece aos Estados, no tocante à garantia dos direitos à vida e à integridade das pessoas, em relação com a proteção do meio ambiente.

É o que consta da Opinião Consultiva 23/17, fruto de uma solicitação da Colômbia, à luz das preocupações desse Estado com os riscos advindos ao meio marinho e ao “habitat humano essencial ao pleno gozo e exercício dos direitos dos habitantes das zonas costeiras e/ou das ilhas” a partir das “novas grandes obras de infraestrutura” na região dita do Grande Caribe.

Ora, a condição instrumental e obrigatória que o sistema interamericano reconhece aos direitos de acesso enseja, em termos práticos, que se possa falar na oponibilidade do direito ao meio ambiente perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que se demonstrará no presente artigo, a partir de uma abordagem feita em dois tempos.

Primeiramente, tratar-se-á dos fundamentos do direito ao meio ambiente, o qual será apresentado sob a perspectiva dos direitos humanos e sob aquela da proteção ambiental propriamente dita, ao amparo das convenções de Aarhus e Escazú.

Em seguida, será o momento de se abordar a Opinião Consultiva de novembro de 2017, trazendo seus principais aspectos, assim como seus efeitos mais prováveis quanto à sua oponibilidade perante a Corte, como para a efetividade do direito ao meio ambiente.

As conclusões remetem à contribuição da *opinio* à efetividade do direito ao ambiente no âmbito regional, na medida em que não apenas as decisões da Corte, como também os Estados e a posta em prática do Acordo de Escazú, serão impactados pela afirmação e consolidação dessas obrigações positivas, que inter-relacionam aspectos objetivos e procedimentais *vis-à-vis* o direito de viver num ambiente de qualidade.

2. OS FUNDAMENTOS DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE

O direito ao meio ambiente encontra origem e guarida ao mesmo tempo nas regras atinentes à proteção ambiental e naquelas que se referem diretamente à proteção dos direitos humanos, o que pode se notar com clareza a partir dos “paralelismos e inúmeros pontos comuns entre os Direitos Humanos e o Direito Ambiental”, identificados por Cretella Neto:

Os paralelismos e inúmeros pontos comuns entre os Direitos Humanos e o Direito Ambiental são, efetivamente, dignos de nota: são ambos ramos jurídicos recentes, que se desenvolveram de modo mais sólido na segunda metade do século XX; ambos contemplam

princípios e normas que se formaram a partir da *soft law*, fonte que, aliás, continua a ter grande importância para os dois campos jurídicos; os dois ramos jurídicos colocaram a pessoa no centro do Direito Internacional, situação antes restrita a poucas convenções internacionais, e sempre em papel de referência à atuação dos Estados; finalmente, tanto os direitos humanos quanto o Direito Ambiental encontraram campo fértil e reconhecimento em regimes democráticos. [...] (2012, p. 745)

Segundo esse mesmo autor, dita inter-relação não remeteria, necessariamente, à integração do direito humano ao meio ambiente ao “seleto rol” dos direitos humanos.

Faz-se necessário, entretanto, discordar desse posicionamento, na medida em que não pairam dúvidas, hoje, sobre a existência de um direito ao meio ambiente, tanto em textos *soft law* como em textos cogentes. Um direito que “se encaixa” na chamada terceira dimensão dos direitos humanos:

Específicamente, el derecho a la protección del ambiente ha sido encasillado por la doctrina dentro de la tercera generación de derechos humanos. Contiene una serie de principios que inundan la totalidad del sistema jurídico, de ahí que se hable de su transversalidad. Tiene por objeto la tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico. Vela por la conservación de los recursos naturales, el paisaje y los bienes culturales. El derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un derecho subjetivo concedido para todos y cada uno de los sujetos, oponible a cualquiera (Estado y/o particular) y con posibilidad de ser ejercitado a nombre de cualquiera por formar parte de los denominados “intereses difusos”. (CHACON e CRUZ, 2011, p. 1225-1226)

Esses mesmos autores, todavia, seguindo a lição de Loperana Rota⁹⁴³, desdobram os aspectos material e procedimental desse direito, indicando que, à luz do primeiro, o direito de “gozar de un medio ambiente sano, sea aquel que permite disfrutar de los elementos de la biosfera”, integra os direitos de primeira dimensão, ao passo que o segundo, o direito de exigir a ação estatal para proteger o meio ambiente, figuraria dentre os direitos de terceira dimensão. (CHACON e CRUZ, 2011, p. 1227-1228)

A explicação para esse desdobramento está no fato de que é impossível ao ser humano ver garantidos seus direitos civis e políticos - dentre os quais está o direito à vida - se não existe sequer ambiente de qualidade para que esta última possa se desenvolver.

Sobre o tema, não é despidiendo lembrar que a Corte Internacional de Justiça, ao haver-se pronunciado sobre o que vem a ser o meio ambiente, proclamou que não se trata de “uma abstração, mas sim [do] espaço onde vivem os seres humanos e do qual dependem sua qualidade de vida e sua saúde, inclusive para as gerações futuras”.⁹⁴⁴

O direito ao meio ambiente tem, assim, por contrapartida, “o respeito, a abstenção, o *non facere*; o seu objeto é a conservação do ambiente e consiste na pretensão de

943 LOPERANA ROTA, Demetrio. “Los derechos al medio ambiente adecuado y a su protección”. In Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, n. 6.

944 ONU. Corte Internacional de Justicia (CIJ). “Liceité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires”, avis consultatif, CIJ. Recueil 1996, p. 226.

cada pessoa a não ter afetado hoje, já, o ambiente em que vive e, para tanto, na pretensão de obter os indispensáveis meios de garantia” (MIRANDA, *apud* LEME MACHADO, 2018, p. 159)

Nas palavras de Comparato, “atinge-se, assim, o quarto estágio na ampliação da titularidade subjetiva dos direitos humanos, tendo-se passado, historicamente, da proteção dos indivíduos (os direitos civis e políticos), à dos grupos sociais carentes no interior de cada Estado (os direitos econômicos, sociais e culturais), avançando-se em seguida para a proteção dos povos e, finalmente, para a afirmação de direitos fundamentais de toda a humanidade”. (MARUM, 2011, p. 1167)

Esse direito figura, portanto, no rol dos direitos coletivos, pois seja os benefícios decorrentes de sua garantia, seja os males advindos de seu desrespeito afetam à sociedade como um todo e, eventualmente, a Humanidade.

O exemplo da luta contra as mudanças climáticas é claro nesse sentido: as emissões de gases de efeito estufa não têm seus efeitos limitados aos territórios dos Estados emissores, mas se espalham a todo o Planeta, afetando o direito ao ambiente equilibrado de todos, ademais de elementos ambientais específicos, como o equilíbrio dos sistemas climáticos, a biodiversidade, o patrimônio natural e cultural ou, ainda, os direitos das gerações futuras.

E, por isso, corroborando o entendimento de Chacon e Cruz, “Al tratarse de derechos colectivos no pueden ser monopolizados o apropiados por sujetos individuales, pues como se expuso, pertenecen al género humano como un todo.” (CHACON e CRUZ, 2011, p. 1224-1225)

É nesse sentido que, para além de apresentarem-se os textos *soft law* e os tratados internacionais que abordam o tema, faz-se necessário destacar dois tratados que se afirmam como referências na matéria, quais sejam, os acordos de Aarhus e Escazú. Ao visar a garantia do direito humano ao ambiente, estabelecem os elementos procedimentais atinentes aos chamados “direitos de acesso” - verdadeiras obrigações adjetivas, exigíveis dos Estados, com vistas à garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.⁹⁴⁵

A. UM DIREITO QUE SE AFIRMA A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS E DA PROTEÇÃO AMBIENTAL

Como visto em sede de introdução, o direito humano ao ambiente foi reconhecido na primeira grande conferência da ONU que abordou a temática ambiental, realizada em Estocolmo, em 1972. Ali se contemplaram os seus elementos essenciais, que figuram desde então em todas as normas que o proclamam, seja no plano internacional, seja no plano do direito interno.

945 Em acordo com o previsto pelo artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Esse direito foi objeto, igualmente, de tratados internacionais de direitos humanos, ora numa abordagem direta, ora sugerida, como se verá adiante.

I. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

É fato que o direito ao meio ambiente - ou a preocupação para com a questão ambiental como um todo - não tenha vindo a lume senão na parte final do século XX, com a já conhecida conferência de Estocolmo, em 1972. É igualmente certo que as primeiras normas internacionais de direitos humanos não contemplaram a questão ambiental, o que se justifica até mesmo pela ausência desse tema na agenda internacional de outrora.

Entretanto, uma interpretação atual da Declaração de 1948 permite inferir a proteção do meio ambiente, a partir de dispositivos como o artigo 25.1, por meio do qual se proclama o direito “a um nível de vida suficiente”. Sobre o tema, Chacón e Cruz afirmam:

[...] si bien no existe referencia expresa en los instrumentos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que nos haga suponer la existencia del derecho humano a la protección del ambiente, si es posible deducir su protección indirecta. Esto ocurre por ser tales instrumentos anteriores al nacimiento de la preocupación internacional por el medio ambiente. Sin embargo, es por la vía interpretativa por donde se puede extraer las bases que permiten asentar el derecho a un ambiente sano dentro de los primeros documentos de la protección de los derechos humanos del Sistema de Naciones Unidas. (2011, p. 1230)

Impende destacar, outrossim, que no momento em que se juridicizou a Declaração Universal, por meio dos Pactos internacionais de 1966,⁹⁴⁶ o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) contemplou a questão ambiental de maneira indireta, em pelo menos dois momentos.

Primeiramente, quando enuncia o direito a um nível de vida adequado, em seu artigo 11.1, tecendo a necessidade de uma melhoria contínua nas condições de vida. Denota-se, daí, a progressividade na afirmação desse direito, somada à ampla consideração do ambiente, a partir da menção genérica a “condições de vida” - seja esta urbana ou rural. Em seguida, no item 2 do mesmo artigo 11, afirma-se o direito fundamental de estar protegido contra a fome, o que exige dos Estados, entre outros, a melhoria nos métodos de produção, assim como a plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, visando à exploração e à utilização mais eficazes dos recursos naturais. Apesar de não o afirmar expressamente, esse dispositivo acaba por remeter à necessidade de se compatibilizar as necessidades de consumo e de produção com os limites ambientais.⁹⁴⁷

946 Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado em Nova Iorque, em 1966 (BRASIL, 1992a), juntamente com o Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992b).

947 À guisa de ilustração, cabe destacar que a legislação brasileira fala em respeitar-se, em seu uso, a vocação da terra, utilizar-se racionalmente dos recursos naturais ou, ainda, ao exigir o respeito à função social da propriedade, assegurar a conservação dos recursos naturais. Demais disso, a política agrícola brasileira estabelece dentre seus objetivos “proteger o meio ambiente, garantir o seu uso racional e estimular a recuperação dos recursos naturais” (art. 3º, IV, Lei 8.171/1991). Vide, nesse sentido, o Estatuto da Terra (BRASIL, 1964), a Lei de Política Agrícola (BRASIL, 1991), assim como a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Em segundo lugar, quando trata do direito à saúde, o PIDESC prevê como obrigação para os Estados a adoção das medidas necessárias para assegurar a “melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente”. Não se trata, por certo, da afirmação de um direito humano ao meio ambiente, mas de norma que contempla claramente o vínculo entre as condições ambientais e a saúde humana - inclusive no ambiente laboral.

Para Cançado Trindade (*apud* MARUM, 2011, p. 1166), “parecia aberto o caminho para o reconhecimento futuro do direito a um meio ambiente sadio”, o que veio efetivamente a ocorrer, num primeiro momento, em texto declaratório - Estocolmo - e, logo, por meio da Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos, adotada em Banjul, em 1981. Seu artigo 24 estatui que “Todos os povos têm direito a um meio ambiente satisfatório e global, propício ao seu desenvolvimento”, o que será feito, entre outros, pelo exercício do direito à livre disposição dos recursos naturais, em prol do desenvolvimento econômico e humano das populações africanas, nos termos do artigo 21 do mesmo tratado internacional.

Seguindo a cronologia, está o Protocolo de São Salvador, adotado em 1988 no âmbito interamericano (BRASIL, 1999), o qual prevê em seu artigo 11 o “direito a um meio ambiente sadio”, nos seguintes termos:

1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos.
2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

A forma segundo a qual se apresenta o texto demonstra, primeiramente, que se contempla sob o vocábulo “meio ambiente” não apenas o meio natural, mas também o meio humano, na medida em que se fala na garantia de acesso aos “serviços públicos básicos” - normalmente providos à população urbana. Em seguida, destacam-se, no parágrafo segundo, as obrigações positivas que decorrem desse direito aos Estados; essas obrigações se atrelam, com grande ímpeto no caso de São Salvador, à dependência que os direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) têm da chamada “reserva do possível”.

Com efeito, como já apresentado alhures, o respeito ao preconizado pelo artigo 11 não pode ser exigido dos Estados perante a Corte Interamericana, seja sob o ponto de vista objetivo, seja sob o ponto de vista procedimental: os instrumentos de controle, na modalidade de petições individuais ou de relatórios periódicos obrigatórios, têm seu uso limitado aos direitos sindicais e ao direito à educação.⁹⁴⁸

O direito ao meio ambiente, portanto, não goza da força necessária à sua efetividade, no Protocolo de São Salvador (BRASIL, 1999), o que contraria a indispensável

948 Para consultar a íntegra do texto do Protocolo de San Salvador, vide http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm, acesso em 22.1.2020.

previsão de instrumentos capazes de ensejar sua garantia (como a de qualquer direito), aos seus titulares. Isso, pois, ninguém pode se dizer detentor de direitos se a eles não corresponderem obrigações estatais específicas que possam evitar sua lesão ou contribuir afirmativamente para sua garantia, como ensinam Bobbio (1992) e Stone (2010). Destarte, se as normas que enunciam direitos são importantes, tanto mais o serão os mecanismos específicos para sua garantia.

Os instrumentos para a garantia do direito ao meio ambiente se vinculam às obrigações – negativas e positivas – exigíveis dos Estados, no sentido de “favorecer o progresso social e instaurar melhores condições de vida”, nos termos da Declaração Universal de 1948, pois “[...] todos os direitos são vividos na e para a sociedade e são direitos humanos em sociedade [...]. Os direitos econômicos, sociais e culturais não são menos necessários que os direitos civis e políticos, são complementares: a ausência dos primeiros compromete o exercício real dos segundos” (SUDRE, 2015, p. 242).

No campo das obrigações Estatais decorrentes dos direitos humanos, é justo concluir que as obrigações positivas decorrem de cada direito que se afirma, pois são a ele inerentes e nele se consubstanciam.

Não é noutro sentido que os tratados internacionais, ao elencarem direitos, impõem providências a serem adotadas pelos Estados, as quais se consubstanciam de forma clara, no caso do direito ao meio ambiente, aos direitos à informação, à participação e ao acesso à justiça em matéria ambiental - os pilares dos acordos de Aarhus (1998) e de Escazú (2018), a serem abordados em seguida.

II. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO AMBIENTAL

No campo da proteção ambiental, o caminho que levou à afirmação do direito humano ao meio ambiente tem início, por certo, com a primeira conferência onusiana sobre o tema, havendo se consolidado progressivamente nas décadas seguintes, sendo o Acordo de Escazú o tratado internacional que, hoje, o coroa.

Assim, no imediato pós-Estocolmo é importante destacar a contribuição dada pela Carta Mundial da Natureza, resolução adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1982, onde se preconiza, em seus parágrafos 16 e 23, o tripé instrumental necessário à efetividade do direito humano ao meio ambiente, configurado nos direitos de acesso em matéria ambiental:

16. Todo planejamento comportará, entre seus elementos essenciais, a elaboração de estratégias de conservação da natureza, o estabelecimento de inventários sobre os ecossistemas e a avaliação dos efeitos sobre a natureza das políticas e atividades projetadas: todos esses elementos serão levados ao conhecimento do público por meios apropriados e no tempo adequado para que possa efetivamente ser consultado e participar às decisões.

23. Toda pessoa terá a possibilidade, em conformidade com a legislação de seu país, de participar, individualmente ou em conjunto com outras pessoas, à elaboração das decisões que concernem diretamente seu meio ambiente e, no caso em que este sofra danos ou degradações, terá acesso a meios de recurso para obter a reparação. (ONU, 1982)

Nota-se, portanto, na Carta de 1982, que os direitos de acesso aparecem vinculados aos princípios de integração e de prevenção, na medida em que contemplam a necessária consideração do meio ambiente nos processos decisórios, como as ações de planejamento e de controle das atividades potencialmente causadoras de dano ambiental. Ou seja, desde então se preconiza uma ampla transparência nos processos decisórios e o progressivo empoderamento do público diretamente afetado por obras/atividades no que tange à co-decisão com os poderes públicos e, eventualmente, o questionamento das suas decisões perante a própria Administração ou, ainda, o Poder Judiciário.

Todavia, o real ponto de partida para as convenções de Aarhus e de Escazú está no princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, documento final da Conferência onusiana de mesmo título, realizada em 1992, no Brasil. Esse princípio estatui claramente que “o melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, no nível que corresponda”. Para tanto, “toda a pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o meio ambiente de que disponham as autoridades públicas [...] bem como a oportunidade de participar nos processos de adoção de decisões.” Ainda que o acesso à justiça não esteja estatuído expressamente no princípio em comento, ele se subentende do texto e, por certo, da própria condição de direito fundamental instrumental em relação a todos os demais, conforme visto *supra*.

Antes de passar a Aarhus e a Escazú, é importante destacar que os direitos de acesso, de maneira isolada ou em conjunto, foram objeto de outros tratados internacionais em matéria ambiental, o que contribui, por certo, para a afirmação e a consolidação do direito humano ao meio ambiente.

Nesse sentido, podem-se destacar as obrigações de informação do público em geral em textos como a diretiva 76/160/CEE, uma das primeiras em matéria ambiental na hoje União Europeia, e que tratava da qualidade das águas balneáveis.⁹⁴⁹ Já nos seus considerandos, aduzia o “interesse crescente [da opinião pública] pelas questões relativas ao ambiente e à melhoria da sua qualidade”, concluindo ser necessário “informá-la objetivamente sobre a qualidade das águas balneáveis”. (CEE, 1976) Chama-se a atenção também para a Convenção sobre a Poluição Atmosférica Transfronteiriça a Longa Distância, adotada em Genebra, em 1979, ainda que a troca de informações sobre os poluentes na atmosfera, as fontes de poluição e as políticas de combate à mesma, se dê em nível interestatal. Outro tratado internacional que aborda o tema é a Convenção

949 Essa diretiva foi revogada pela diretiva 2006/7, de 15 de fevereiro de 2006.

da ONU sobre o direito do mar, adotada em 1982 (BRASIL, 1990), que fala na divulgação de informações e estudos científicos sobre o meio marinho, ademais dos casos clássicos de divulgar situações de urgência quanto a danos/poluições transfronteiriças. O Protocolo de Madrid (BRASIL, 1998) ao Tratado da Antártida (BRASIL, 1975) que visa à proteção do meio ambiente antártico, preconiza a publicidade de todas as informações providas pelos Estados, que se relacionem com as obrigações ali definidas. Impende destacar, enfim, a Convenção de Espoo, de 1991, que trata dos estudos de impacto ambiental num contexto transfronteiriço. Seu próprio escopo já denota a necessidade de informar, instaurar mecanismos participativos, ademais de prover, se e quando necessário, o acesso à justiça em matéria ambiental.⁹⁵⁰

O movimento internacional em torno aos direitos de acesso se deu, assim, de maneira progressiva e construtiva, consolidando-se nos acordos de Aarhus e Escazú, a serem abordados na sequência.

2.1 OS DIREITOS DE ACESSO E O DIREITO HUMANO AO MEIO AMBIENTE: AS CONVENÇÕES DE AARHUS E ESCAZÚ

Tendo em vista que o ponto de partida de ambos os tratados internacionais aqui abordados é o princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, o que fora corroborado no espírito da máxima “agir localmente, pensar globalmente”, estampada no plano de ação da Conferência do Rio - a Agenda 21 - a similaridade entre os dois textos é evidente e esperada.

Note-se, entretanto, que há pelo menos dois fatores que os diferenciam, ainda que seu objeto seja, essencialmente, o mesmo.

O primeiro fator é o temporal, vale dizer, o momento no qual cada um desses tratados internacionais se insere. Há um lapso de duas décadas entre os mesmos e, por certo, um lapso ainda maior no que concerne aos seus processos de negociação. Diante disso, é válido considerar que as preocupações ambientais nos anos 1990 eram distintas das da segunda década do século XXI - pois agora a percepção da magnitude dos impactos ambientais advindos, notadamente, das mudanças climáticas, é real para a sociedade como um todo, que passa a ser mais crítica - e, assim, mais exigente - em relação às informações e processos participativos.

Quanto ao segundo fator, trata-se do âmbito territorial de cada um desses tratados internacionais, apesar de ambos terem sido auspiciados pela ONU, através de suas respectivas comissões econômicas regionais - Comissão Econômica da ONU para a Europa (CEPE) e Comissão Econômica da ONU para a América Latina e o Caribe

950 Para maiores detalhes sobre os direitos de acesso e, especificamente, a informação em matéria ambiental, consultar Leme Machado (2006).

(CEPALC). Aarhus, nesse sentido, se vincula de maneira clara aos demais tratados internacionais auspiciados pela CEPE - em especial a Convenção de Espoo, de 1991 (cit.) - e acaba por ter rápidos desdobramentos normativos e institucionais, demonstrando o nível de integração elevado entre seus Estados-parte. Já o Acordo de Escazú, que passou por um duro processo de negociação, responde a questões regionais de peso - caso dos atentados à integridade e à vida dos defensores do meio ambiente - ademais de se preocupar com o quadro jurídico-institucional necessário à divulgação de informações ambientais - evidenciando a necessidade de ampla cooperação interestatal nesse sentido, à luz das diferenças entre os Estados-parte e os futuros aderentes.

1.1.1 AARHUS: UM TRATADO EUROPEU COM VOCAÇÃO MUNDIAL

Se a Convenção de Aarhus está dotada atualmente de uma vocação mundial, na medida em que qualquer Estado membro da ONU possa a ela aderir,⁹⁵¹ é um tratado que nasceu no e para o âmbito europeu. Aarhus se alinha às preocupações e objetivos do programa Um Ambiente para a Europa⁹⁵², sendo a última de cinco convenções, todas vinculadas pelo elemento transfronteiriço.

Consideram-se, assim, ao lado de Aarhus, as convenções de Genebra sobre a Poluição Atmosférica Transfronteiriça a Longa Distância (1979); de Espoo sobre os Estudos de Impacto Ambiental num contexto Transfronteiriço (1991); e as duas convenções de Helsinque (1992), sobre a Proteção e Uso dos Cursos de Água Transfronteiriços e Lagos Internacionais, de uma parte, e dos Efeitos Transfronteiriços dos Acidentes Industriais, de outra parte.

Aarhus trouxe grandes inovações no momento de sua adoção, em especial pelo fato de ser um tratado internacional que introduziu a democracia participativa nos processos públicos decisórios, visando à efetividade do direito humano ao meio ambiente. No espírito da Agenda 21 (1992), reconhece que a construção do desenvolvimento sustentável se faz através da ação conjunta de diversos atores, os quais devem estar devidamente municiados dos hoje chamados “direitos de acesso”.

O texto da Convenção estabelece claramente as regras relacionadas a cada um desses direitos, até mesmo pelo fato de que, em sendo um texto adotado em nível europeu, busca ser o Norte na harmonização da normativa de todos os 56 Estados que integram o Conselho da Europa.

O preâmbulo do Tratado faz referência a distintos documentos internacionais, caso da Declaração do Rio de Janeiro (1992) - da qual pinça os princípios 8 e 10 -⁹⁵³

951 Essa possibilidade adveio da Decisão IV-5, na 4º Encontro das Partes à Convenção, realizado em Chisinau, onde se estabelecem as condições e o rito para a adesão de Estados que não sejam parte da UNECE. Para maiores informações, consultar https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/mop4/Documents/ece_mp_pp_2011_CRP3_Accession_f.pdf, acesso em 26.1.2020.

952 Para maiores informações, consultar o site do Programa, disponível em <http://www.unece.org/env/efe/welcome.html>, acesso em 26.1.2020.

953 Princípio 8: “Para atingir o desenvolvimento sustentável e mais alta qualidade de vida para todos, os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e consumo e promover políticas demográficas adequadas.”;

ou do programa “Um ambiente para a Europa” e das convenções que o integram. Ao afirmar a existência de um direito humano ao meio ambiente, Aarhus reconhece os vínculos existentes entre condições ambientais adequadas e o direito à saúde humana, a importância da participação do público aos processos decisórios, dos mecanismos de acesso à justiça, do consumo ecologicamente correto, do controle da disseminação dos organismos geneticamente modificados (OGM),⁹⁵⁴ além da necessidade de se conhecer, em permanência, o estado do ambiente.

Como objetivo, a Convenção busca “contribuir para a proteção do direito de todos os indivíduos, das gerações presentes e futuras, a viver num ambiente propício à sua saúde e bem-estar”. Para tanto, exige dos Estados que garantam a todos os direitos de acesso, o que implica também em prover educação e conscientização ambiental,⁹⁵⁵ apoiar os grupos e associações que defendam o meio ambiente - inclusive não os penalizando por suas ações.

Em seguida, ao definir os termos que se aplicam ao Tratado, demonstra claramente a amplitude do vocábulo “informação ambiental”, que contempla o estado do ambiente - natural e cultural -, os fatores capazes de afetá-lo, assim como a saúde e a segurança humanas.

Essa informação deverá ser prestada num prazo rápido, que pode se estender a, no máximo, dois meses. A justificativa para tanto está, de um lado, na necessária celeridade e eficiência que devem pautar a conduta da Administração; de outro lado, na urgência própria ao tema - onde os princípios de prevenção e de precaução têm protagonismo, pela irreversibilidade dos danos ambientais.

O Tratado prevê as hipóteses em que a Administração poderá negar ou se recusar a fornecer a informação solicitada. A negativa é legítima, por exemplo, quando a autoridade não disponha das informações, quando se está diante de pedido por demais genérico ou, ainda, quando a informação solicitada ainda não esteja “pronta”.⁹⁵⁶ Os casos de recusa - que devem ser interpretados restritivamente - remetem, entre outros, aos

Princípio 10: “A melhor maneira de tratar questões ambientais e assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar de processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos.” Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013, acesso em 26.1.2020.

954 Sobre os OGM’s, é interessante destacar que, no momento em que fora adotada, a Convenção de Aarhus apenas mencionou, em sede preambular, a “preocupação do público” com a disseminação voluntária de transgênicos e, assim, afirmou a “necessidade de aumentar a transparência e a participação [...] no processo de tomada de decisões neste domínio”. Ocorre que, em 2005, a Convenção foi emendada, passando o tema a ser regido pelo artigo 6 *bis*, onde se reconhece o dever dos Estados de garantirem ao público a adequada informação e participação antes de decidirem sobre a disseminação voluntária de OGM’s. A emenda ainda não vigora, pois necessita de 35 ratificações, dispondo, até o presente momento, de 31 ratificações. Informação disponível em <https://www.unece.org/environmental-policy/conventions/public-participation/aarhus-convention/about-the-convention/amendments/gmo-amendment.html>, acesso em 26.1.2020.

955 Ou, ainda, difundir a normativa ambiental ao grande público.

956 Caso dos documentos ainda em curso de elaboração.

direitos de propriedade intelectual, à confidencialidade de dados, à segurança nacional, mas também à proteção do meio ambiente.

A informação ambiental, em todo caso, deve ser provida pela Administração a partir de bases de dados confiáveis e atualizadas, que contemplem tanto as informações sobre o estado do ambiente para fins de sua melhor proteção, como aquelas atinentes aos riscos ambientais - e tecnológicos - visando à proteção da saúde e da integridade física da população. Até mesmo diante disso há uma preocupação específica com informar-se a população rapidamente nos casos em que ocorram danos ambientais.

Quanto aos casos em que a participação do público deverá ser oportunizada pelos Estados, a Convenção prevê uma listagem positiva em seu Anexo I, contemplando, por exemplo, os setores de energia, siderurgia, mineração, indústrias, saneamento, obras de infraestrutura. A participação deverá se dar, igualmente, nos processos decisórios dos quais possa decorrer “impacto ambiental significativo”.

Aarhus preconiza que os Estados devam garantir condições adequadas para a participação efetiva do público, o que remete a prazos razoáveis para prepará-lo - informar, conscientizar, prover documentação - e que essa participação se dê em momento oportuno. Ou seja, deve ocorrer quando ainda seja possível aportar modificações ao processo decisório, visto como a opinião do público deve ser levada em consideração pela Administração Pública, no momento da decisão. O público poderá, igualmente, participar da discussão de planos e programas relativos ao ambiente, da formulação de políticas e normas ambientais, o que se corrobora pelo Protocolo à Convenção de Espoo (1991), adotado em Kiev em 2003, sobre estudos de impacto ambiental num contexto transfronteiriço.

Enfim, o acesso à justiça - terceiro pilar de Aarhus - se apóia em três possíveis motivações: a negativa no acesso à informação ambiental; o não se oportunizar a participação a um processo decisório com impactos no ambiente; a busca da proteção ambiental, por meio da aplicação da normativa pertinente, em nível de cada Estado. O direito de acesso à justiça exige dos Estados que informem ao público dos instrumentos de que se dispõe, ademais de prover um acesso à justiça que seja efetivo, rápido e pouco oneroso, inclusive com mecanismos de assistência judiciária.

É interessante destacar que Aarhus dispõe, desde 2002, de um comitê de *compliance*, responsável por receber as reclamações relativas a eventual descumprimento desse Tratado, o qual tem trabalhado de maneira intensa desde sua implementação, contado com a participação massiva das ONG's ambientais e, mesmo, da população.⁹⁵⁷

957 Segundo dados do Comitê, 59% das reclamações têm tido origem nas ONG's, ao passo que o público em geral é responsável por 29% delas. Para maiores informações e dados, consultar <https://www.unece.org/env/pp/cc.html>, acesso em 26.1.2020.

1.1.2. ESCAZÚ: UM REGIONALISMO NECESSÁRIO

O Acordo de Escazú pode, efetivamente, ser apelidado de “Aarhus tropical”, vistos os objetivos de ambos os tratados e, por certo, seus mecanismos de funcionamento. Escazú, entretanto, traz algumas diferenças em relação a Aarhus, diante do seu caráter regional, de uma parte, e pelo fato de ser mais recente, de outra parte.

Nesse sentido, impende destacar que, em sede de preâmbulo, figura a multiculturalidade latino-americana e caribenha, assim como a disparidade existente, em termos de prática dos direitos de acesso, entre os Estados, na medida em que, desde logo, se fala na necessidade de ampla cooperação e assistência técnica, por exemplo, para implementar o Acordo. Há, igualmente, nos considerandos do Tratado, destaque para as obrigações dos Estados *vis-à-vis* os direitos humanos - dentre os quais se inserem os direitos de acesso e, por certo, o direito humano ao ambiente.

Reconhece-se, ainda, “a importância do trabalho e das contribuições fundamentais do público e dos defensores dos direitos humanos em questões ambientais para o fortalecimento da democracia, dos direitos de acesso e do desenvolvimento sustentável”. Trata-se de ponto de peculiar interesse, tendo em vista a preocupação específica do Acordo com a atuação sem ameaças, restrições e insegurança dos grupos e organizações que promovem e defendem os direitos humanos em questões ambientais.⁹⁵⁸

Já no tocante ao cerne do tratado, apresentam-se os princípios aplicáveis aos direitos de acesso: igualdade; não discriminação; transparência; prestação de contas; vedação ao retrocesso; progressividade; boa-fé; prevenção; precaução; equidade intergeracional; máxima publicidade; soberania sobre o uso dos recursos naturais; igualdade soberana entre os Estados, e; princípio *pro persona* (art. 3).

Nota-se, assim, que o Acordo traz à colação princípios que se vinculam às relações interestatais, de uma parte, e princípios atinentes à proteção do direito ao meio ambiente - e ao próprio ambiente -, de outra parte. Vale destacar a presença da vedação ao retrocesso, juntamente com a progressividade, princípios que pautam os direitos fundamentais, ademais do princípio *pro persona*, que remete à opção pela norma que mais proteja os direitos humanos.

Dentre as disposições gerais do Acordo, destacam-se o reconhecimento do direito ao meio ambiente, assim como “qualquer outro direito humano universalmente

958 Nos termos do art. 9, § 1 de Escazú: “Cada Parte garantizará um ambiente seguro e propício no qual as pessoas, os grupos e as organizações que promovem e defendem os direitos humanos em questões ambientais possam atuar sem ameaças, restrições e insegurança.” Esse dispositivo vai ao encontro das preocupações onusianas em torno ao tema, como se pode notar da atuação do Conselho de Direitos Humanos e de seu relator especial sobre direitos humanos e meio ambiente, John Knox, quem insitiu, desde o começo de seu mandato, na “necesidad de que los Estados respeten los derechos humanos de los defensores de los derechos humanos ambientales e investiguen de manera imparcial las presuntas violaciones de estos derechos.” O Conselho, “en su resolución sobre los defensores de los derechos humanos de febrero de 2016, expresó “profunda preocupación” por la situación de los defensores de los derechos humanos que se ocupan de cuestiones relativas a la tierra y el medio ambiente y pidió a los Estados que promuevan un entorno seguro y propicio para quienes se ocupan de los derechos humanos y de estas cuestiones.” (ARTICLE 19, 2016, p. 10)

reconhecido que esteja relacionado com o presente Acordo” (art. 4, § 1), a grande preocupação com o público “em situação de vulnerabilidade” (art. 4, § 5), a regra interpretativa, que deve privilegiar o “pleno gozo e respeito dos direitos de acesso” (art. 4, § 8), ademais de se pregar o uso das tecnologias da informação e da comunicação (art. 4, § 9), o que deve compreender, dentre outros, o georreferenciamento das informações e a divulgação das sanções aplicadas aos poluidores (art. 6, § 3).

O princípio de máxima publicidade orienta o acesso à informação ambiental, exigindo dos Estados não apenas dados fiáveis e disponíveis, mas também acessíveis, tanto às populações vulneráveis, como às isoladas geográfica ou culturalmente. Daí por que, a preocupação específica do Acordo com formatos e linguagem apropriados ao acesso e à compreensão da informação obtida perante as autoridades.

O direito de acesso compreende, assim, o de solicitar e receber efetivamente informação, o ser informado - inclusive dos meios para impugnar e recorrer - ademais do tratamento adequado para as pessoas vulneráveis - com a necessária assistência para formular/receber as informações pertinentes, assim como com a isenção dos custos, para os desprovidos de recursos. Os casos de negativa ou de recusa em se prover a informação são semelhantes aos de Aarhus. Escazú, entretanto, fala na necessidade de motivação por parte da autoridade competente, pois é dela ônus da prova quanto a não poder ou se recusar em prestar a informação (art. 8, § 8).

A informação deverá ser provida no prazo de 30 dias, o qual pode se prorrogar por 10 dias suplementares, mediante motivação (art. 5, §§ 12 e 13).

O Acordo fala na obrigação, para as autoridades estatais, de gerar, coletar, por à disposição do público e difundir informação ambiental “de maneira sistemática, proativa, oportuna, regular, acessível e compreensível, bem como [atualizar] periodicamente esta informação e [incentivar] a desagregação e descentralização da informação ambiental no âmbito subnacional e local.” Essa obrigação, tendo em vista a realidade díspar dos Estados que virão a ser membros de Escazú, será implementada na medida dos recursos disponíveis e com base nos princípios de eficiência (art. 6, § 11), vedação ao retrocesso e progressividade (art. 6, § 1). Pela mesma razão, o Acordo estabelece a valorização dos espaços de participação já existentes, a par da criação de novos (art. 7, § 13), ademais da ampla cooperação entre os membros (art. 11) e do fortalecimento de capacidades para uma verdadeira cultura quanto aos direitos de acesso (art. 10).

Se foi necessário a Aarhus um protocolo específico para estabelecer um sistema de registro para a liberação e a transferência de poluentes, o mesmo se encontra, já, no bojo do Acordo de Escazú. Por certo, o artigo 6, § 4 fala no registro progressivo de emissões, transferência de poluentes, materiais e resíduos - o que demonstra claramente a preocupação com os impactos ambientais na saúde pública, devidamente considerados no art. 6, § 5.

Está previsto nesse Tratado a possibilidade de criação, pela Conferência das Partes, de um mecanismo de *compliance*,⁹⁵⁹ para o qual serão exigidos dos Estados relatórios periódicos - a cada 5 anos, no máximo - que compreenderão o estado do meio ambiente, as ações destinadas à efetividade da proteção ambiental, os avanços quanto aos direitos de acesso, assim como os acordos de colaboração firmados entre a Administração, o terceiro setor e o setor privado. Este último, aliás, deverá, a partir de marco normativo específico, publicar relatórios de sustentabilidade (art. 6, § 12). Já a elaboração dos relatórios estatais se dará de forma participativa, considerando as realidades socioculturais e a necessária adaptação aos seus interlocutores (art. 6, § 7).

No tocante à participação do público, uma vez mais Escazú contempla elementos que no sistema europeu vieram a se apresentar por meio de protocolos específicos. Assim, o público deverá ter a oportunidade de participar na elaboração de políticas, estratégias, planos e programas,⁹⁶⁰ assim como nos casos de normas e regulamentos em matéria de ordenamento territorial e nos assuntos ambientais de interesse público que possam ter impacto sobre o meio ambiente e/ou a saúde humana.

A participação deve ser aberta e inclusiva (art. 7, §§ 1, 2 e 3),⁹⁶¹ sendo que as regras estabelecidas em maior detalhe no Acordo de Escazú (art. 7. §§ 4, 6 e 17) remetem ao já preconizado - direta ou indiretamente - por Aarhus ou, ainda, à prática dos processos de informação e participação do público em processos decisórios ambientais.⁹⁶² Ponto interessante quanto ao direito à participação está na aproximação que Escazú faz entre as searas local, nacional e internacional, na medida em que determina aos Estados fomentem a população a participar “em fóruns e negociações internacionais em matéria ambiental ou com incidência ambiental”, assim como “em instâncias nacionais para tratar temas de fóruns internacionais ambientais.” (art. 7, § 12).

Quanto ao acesso à justiça, Escazú segue, em linhas gerais, o previsto por Aarhus, destacando-se, todavia, a necessária publicidade das decisões judiciais, além do detalhamento quanto às providências que os Estados devam adotar em prol da efetividade desse direito (art. 8, § 3). Isso implica em eliminar as barreiras de acesso à Justiça (art. 8, § 4), na oferta de assistência técnica e jurídica gratuita (art. 8, § 5) e na provisão de mecanismos alternativos para a solução de controvérsias - caso da mediação e da conciliação (art. 8, § 7).

959 Vide artigo 15 do Acordo.

960 Vide, *supra*, menção ao Protocolo de Kiev (2003) à Convenção de Espoo (1991).

961 Há menção, inclusive, à acessibilidade que contemple os aspectos socioeconômico, cultural, geográfico e de gênero.

962 Nesse sentido, destaque-se o artigo 7, §17, que aduz ser necessária a divulgação das seguintes informações mínimas ao público, com vistas a uma participação efetiva: “a) a descrição da área de influência e das características físicas e técnicas do projeto ou atividade proposta; b) a descrição dos impactos ambientais do projeto ou da atividade e, conforme o caso, o impacto ambiental cumulativo; c) a descrição das medidas previstas com relação a esses impactos; d) um resumo dos pontos a), b) e c) do presente parágrafo em linguagem não técnica e compreensível; e) os relatórios e pareceres públicos dos organismos envolvidos dirigidos à autoridade pública vinculados ao projeto ou à atividade em questão; f) a descrição das tecnologias disponíveis para serem utilizadas e dos lugares alternativos para realizar o projeto ou a atividade sujeito às avaliações, se a informação estiver disponível; g) as ações de monitoramento da implementação e dos resultados das medidas do estudo de impacto ambiental.”

Visto esse panorama do quadro jurídico internacional relativo aos direitos de acesso e, por conseguinte, ao direito humano ao meio ambiente, é tempo de abordar a questão no seio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial a partir da Opinião Consultiva 23, que impactou de maneira determinante nessa temática.

2. A CORTE INTERAMERICANA E OS DIREITOS DE ACESSO NA OC 23/17: QUE IMPACTOS NA EFETIVIDADE DO PROTOCOLO DE SAN SALVADOR?

Conforme já mencionado, o Protocolo de São Salvador (BRASIL, 1999), adotado praticamente duas décadas após o Pacto de San José, foi o texto responsável pela afirmação dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) no âmbito interamericano. E, dentre esses direitos, figura o direito humano ao meio ambiente.

Esse direito, como se sabe, não dispõe de plena efetividade, na medida em que não pode ser invocado como fundamento de uma demanda em desfavor de um Estado perante a Corte. Aliás, como se pode verificar do texto do Protocolo, apenas e tão-somente os direitos sindicais e o direito à educação são passíveis de ser invocados diante do sistema interamericano, seja por meio de petições individuais, seja no controle periódico de seu cumprimento, por meio da Comissão de Direitos Humanos.

A justificativa para tanto está na chamada “reserva do possível” - ou, segundo Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1548), a reserva do *financeiramente* possível -, que acaba por orientar a posta em prática de praticamente todos os DESC, na medida em que são direitos eminentemente prestacionais. Sarlet e Saavedra (2017, p. 261), ao tratarem do tema, enunciam uma tríplice dimensão, indo além, portanto, do aspecto meramente meramente financeiro:

[...] a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Nota-se, portanto, que há uma complexidade considerável quando se fala na reserva do possível, na medida em que ela não representa apenas considerar os aspectos econômico-financeiros, mas também normativos e institucionais, quanto à posta em prática de um direito. Em todo caso, em sendo tributários de condições materiais,

jurídicas e institucionais para que sejam postos em prática, a efetividade (e a eficácia) dos DESC será igualmente tributária dessa tríplice dimensão.

O texto de São Salvador, como é o caso de outros tratados internacionais que enunciam esses direitos, deixa claro que sua implementação e, assim, sua exigibilidade, depende da efetiva possibilidade para que os Estados respeitem o acordado no plano internacional.

Com efeito, se o seu preâmbulo lembra da indissociabilidade entre as distintas dimensões dos direitos humanos,⁹⁶³ o artigo 1º, ao aduzir sobre a obrigação dos Estados de adotar medidas necessárias à efetividade do Protocolo, a condiciona ao “máximo dos recursos disponíveis e levando em conta [o] grau de desenvolvimento” de cada Estado, “a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo”.⁹⁶⁴

Ocorre que condicionar diretamente a garantia dos DESC à disponibilidade financeira do Estado é dar azo a que esse elemento possa se apresentar como alegação a justificar a falta de efetividade desses direitos, ainda que decorram de tratado internacional regido pelos princípios da boa-fé e *pacta sunt servanda*. E, mais, vale lembrar, em coro com Sarlet (2015, p. 296), que a reserva do possível não é parte integrante dos direitos fundamentais: não se apresenta como um dentre seus “limites imanentes”.

Ao discorrer acerca dos limites à proteção internacional dos direitos humanos, Brichambaut, Dobelle e Coulée afirmam que os entraves econômicos à sua efetivação fazem parte do discurso - que consideram falacioso - dos chamados países do Terceiro Mundo,

[...] qui ont établi un lien entre la promotion du développement économique et les garanties apportées à l'exercice des droits de l'homme. Il est exact que la mise en oeuvre des droits économiques, sociaux et culturels est indispensable à la pleine réalisation des droits civils et politiques; mais, inversement, les droits économiques, sociaux et culturels ont pour objectif ultime l'épanouissement individuel de la personne humaine. C'est dire que les deux catégories de droits sont indissociables et qu'il n'y a aucune priorité entre les uns et les autres, comme le rappellent maintes résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies. Par ailleurs, le faible niveau de développement économique a souvent servi d'excuse fallacieuse ou de prétexte trop facile à certains États pour ne pas respecter certains droits fondamentaux. (2011, p. 210-211)

963 “Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros;” (BRASIL, 1999)

964 “Artigo 1. Obrigação de adotar medidas. Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.” (BRASIL, 1999)

Sarlet e Fensterseiffer, tratando do direito ao meio ambiente, reforçam o liame que há entre a própria existência do Estado e a garantia dos direitos humanos, os quais têm origem e destino na dignidade da pessoa humana:

As dimensões dos direitos humanos e fundamentais, na sua essência, materializam as diferentes refrações do *princípio da dignidade da pessoa humana*, pilar central da arquitetura constitucional contemporânea, portanto, do Estado Socioambiental, reclamando uma compreensão integrada, desde logo incompatível com um sistema de preferências no que diz com a prevalência, em tese, de determinados direitos em relação a outros. Afinal de contas, a razão suprema da existência do Estado reside justamente no respeito, proteção e promoção de dignidade dos seus cidadãos, individual ou coletivamente considerados, devendo, portanto, tal objetivo ser continuamente concretizado e perseguido pelo Poder Público e pela própria sociedade. Os deveres de proteção do Estado veiculam, antes de qualquer coisa, o compromisso de tutelar e garantir nada menos do que uma vida digna aos indivíduos e grupos sociais, o que passa pela tarefa de promover a realização dos direitos fundamentais, afastando possíveis óbices à sua efetivação e impondo medidas de cunho protetor e promocional. (SARLET e FENSTERSEIFFER, 2013, p. 116-117)

São, portanto, direitos indissociáveis e interdependentes, sendo que a dignidade humana exige o respeito a todos os direitos fundamentais, de onde decorrem as obrigações positivas e negativas dos Estados. A reserva do possível, portanto, se não é parte integrante dos direitos humanos, não pode e nem deve pautar sua efetividade de maneira absoluta: “[...] a reserva do possível há de ser compreendida como sendo uma espécie de condição da realidade, a exigir um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica”. (OLSEN, *apud* SARLET, 2015, p. 297).

É nesse sentido, mas também com alguma ousadia, que a Corte Interamericana proferiu a Opinião Consultiva 23, já que confere, em termos práticos, oponibilidade a um direito normalmente inoponível, como se verá adiante, tanto na contextualização dessa *opinio* como no proscrutar de seus prováveis impactos nas decisões da Corte - e além.

3.1 A CONTEXTUALIZAÇÃO DA OC 23

A Opinião em comento foi proferida em 15 de novembro de 2017, em resposta a consulta realizada pela Colômbia, que fora protocolizada diante da Corte em 14 de março de 2016.

O pedido de opinião se deu com fundamento no artigo 64.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (BRASIL, 1992c) e conforme o previsto pelo artigo 70, parágrafos 1 e 2, do Regimento Interno da Corte. Citam-se os dispositivos:

Artigo 64.1. Os Estados-Partes da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete,

os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo da Buenos Aires.

Artigo 70. Interpretação da Convenção. 1. As solicitações de parecer consultivo previstas no artigo 64.1 da Convenção deverão formular com precisão as perguntas específicas em relação às quais pretende-se obter o parecer da Corte. 2. As solicitações de parecer consultivo apresentadas por um Estado membro ou pela Comissão deverão indicar, adicionalmente, as disposições cuja interpretação é solicitada, as considerações que dão origem à consulta e o nome e endereço do Agente ou dos Delegados.

No processo, a Corte transmitiu o pedido de opinião aos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), ao Secretário-Geral, ao Presidente do Conselho Permanente dessa Organização, ao Presidente do Comitê Jurídico Interamericano e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Por meio de sua secretaria, convidou também diversas organizações internacionais, a sociedade civil, instituições acadêmicas e, através de seu *site*, todos os interessados em opinar sobre os pontos objeto da consulta apresentada pela Colômbia, o que pode ser feito durante os oito meses que antecederam o dia 19 de janeiro de 2017.

Assim, foi possível a qualquer pessoa - vinculada ou não a uma instituição - enviar sua opinião à Corte, demonstrando claramente a abertura dessa instância internacional aos direitos de acesso.

Essa Opinião representou, desde logo, um marco na história da jurisprudência interamericana em matéria de meio ambiente, pois, mesmo se estando em face de um direito inoponível perante a Corte, apresentam-se na Opinião as obrigações estatais que decorrem do direito ao meio ambiente, no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal, previstos pelos artigos 4 e 5, relacionados com os artigos 1.1 e 2, todos da Convenção de 1969 (BRASIL, 1992c).

A Opinião, que passa a ser aqui explicitada, tem origem nos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados pela Colômbia, a seguir expostos.

1.1.1 FATOS

A solicitação da Colômbia tem por fundamento as preocupações em torno aos impactos ambientais que podem decorrer de ações ou omissões estatais na implementação de obras de infraestrutura na Região do Grande Caribe - que tem seus limites “incluídos, ao Norte, entre a Flórida e as Bahamas, limitad[a] a Oeste e ao Sul pela América Central e, a Leste, pelas Antilhas” (§ 14, *in fine*, da solicitação de OC).⁹⁶⁵

O Estado demonstra seu interesse em obter o pronunciamento da Corte “na medida em que parte de sua população vive nas ilhas que fazem parte do Arquipélago de

965 A íntegra da solicitação da Colômbia está disponível, em português, no site http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_14_03_16_por.pdf, acesso em 28 de janeiro de 2020.

San Andrés, Providencia e Santa Catalina e que, portanto, dependem do meio ambiente marinho para sua sobrevivência e desenvolvimento econômico, social e cultural” (§ 10 da solicitação de OC).

A Colômbia ressalta, ainda, em seu requisitório, a estreita relação de dependência que vincula as populações dessa Região aos recursos e belezas naturais ali existentes, aduzindo que:

Na medida em que os habitantes das costas e ilhas da Região do Grande Caribe dependem fundamentalmente dos recursos provenientes do meio ambiente marinho, qualquer dano grave a este ambiente indubitavelmente afetaria as possibilidades de sobrevivência destas comunidades e de desenvolvimento econômico, social e cultural. (§ 26 da solicitação de OC)

Indica, ainda, a “grande fragilidade do ecossistema do Mar do Caribe”, delineando que os seus corais, manguezais e leitos de algas marinhas, “juntamente com as praias, constituem, em conjunto, a fonte dos serviços que o meio ambiente marinho do Caribe provê aos habitantes de suas costas e, particularmente, de suas ilhas, principalmente, o turismo e a pesca.” (§ 29 da solicitação de OC)

Ilustra suas preocupações, enfim, mencionando que obras e atividades como a exploração petrolífera, o transporte de hidrocarbonetos por via marítima, a construção e a manutenção de portos, a construção, manutenção e ampliação de canais para circulação do transporte marítimo de passageiros e cargas, entre outras, podem impactar sobremaneira nesse ambiente, trazendo graves consequências para o modo de vida e as atividades econômicas da população que vive no Grande Caribe:

La contaminación del medio ambiente marino de la Región del Gran Caribe que puede resultar de [...] las causas anteriormente señaladas, podría tener efectos duraderos y a menudo irreparables sobre la flora y fauna marina y, en consecuencia, sobre la capacidad (ya frágil) que tiene el ecosistema de proveer ingresos del turismo y de la pesca en beneficio de los habitantes de las costas e islas de esta Región. Adicionalmente, cabe destacar que este tipo de daños al medio marino no solo continúan en el tiempo, sino que tienden a agravarse, afectando las generaciones presentes y futuras. [...]

Considerando lo anterior, no cabe duda que la construcción y operación de nuevos grandes proyectos de infraestructura en la Región del Gran Caribe podría afectar negativamente y de forma irreparable la vida digna y calidad de vida de los habitantes de las costas y, particularmente, de las islas ubicadas en esta región, así como los potenciales de su desarrollo económico, social y cultural y su integridad física, psíquica y moral. Estas circunstancias fácticas y, por lo tanto, la necesidad de que se implementen proyectos idóneos y eficaces de prevención y mitigación de daños ambientales en el desarrollo de nuevas grandes obras de infraestructura en la Región del Gran Caribe -con la cooperación de los Estados que puedan resultar afectados-, conforman el contexto fáctico en el que se formula la presente solicitud de opinión consultiva. (CIDH, 2017, § 2)

E, mais, expõe tratar-se de interesse não apenas colombiano, mas também da Humanidade, pois os efeitos transfronteiriços da degradação ambiental podem ir além

da Região do Grande Caribe, impactando fisicamente outros pontos do Planeta. E, por conseguinte, pode constituir afronta ao direito ao meio ambiente, de que são titulares todos os humanos, de maneira difusa. Assim, pois, está evidenciado nos fundamentos fáticos da *opinio*:

[El Estado solicitante expuso que] esta problemática es de interés no solo de los Estados de la Región del Gran Caribe -cuya población costera e isleña se puede ver directamente afectada por los daños ambientales que sufra esta región-, sino también de la comunidad internacional. Lo anterior considerando que estamos en una época en la que, con frecuencia, se construyen y se ponen en funcionamiento grandes obras de infraestructura en zonas marítimas y con efectos que pueden ir más allá de las fronteras de los Estados, y que pueden terminar repercutiendo negativamente en la calidad de vida y en la integridad personal de las personas que dependen del entorno marino para su subsistencia y desarrollo. [...] (CIDCH, 2017, § 2)

Diante desses elementos, a Colômbia apresentou os seguintes questionamentos à Corte:

I- ¿De acuerdo con lo estipulado en el artículo 1.1 del Pacto de San José, debería considerarse que una persona, aunque no se encuentre en el territorio de un Estado parte, está sujeta a la jurisdicción de dicho Estado en el caso específico en el que, de forma acumulativa, se cumplan las cuatro condiciones que a continuación se enuncian?

1. que la persona resida o se encuentre en una zona delimitada y protegida por un régimen convencional de protección del medio ambiente del que dicho Estado sea parte; 2. que ese régimen convencional prevea un área de jurisdicción funcional, como por ejemplo el previsto en el Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe; 3. que en esa área de jurisdicción funcional los Estados parte tengan la obligación de prevenir, reducir y controlar la polución por medio de una serie de obligaciones generales y/o específicas; y 4. que, como consecuencia de un daño al medio ambiente o de un riesgo de daño ambiental en la zona protegida por el convenio de que se trate, y que sea atribuible a un Estado Parte- del convenio y del Pacto de San José, los derechos humanos de la persona en cuestión hayan sido violados o se encuentren amenazados?

II- ¿Las medidas y los comportamientos, que por acción y/o por omisión, de uno de los Estados parte, cuyos efectos sean susceptibles de causar un daño grave al medio ambiente marino -el cual constituye a la vez el marco de vida y una fuente indispensable para el sustento de la vida de los habitantes de la costa y/o islas de otro Estado parte-, son compatibles con las obligaciones formuladas en los artículos 4.1 y 5.1, leídos en relación con el artículo 1.1 del Pacto de San José? ¿Así cómo de cualquier otra disposición permanente?

III- ¿Debemos interpretar, y en qué medida, las normas que establecen la obligación de respetar y de garantizar los derechos y libertades enunciados en los artículos 4.1 y 5.1 del Pacto, en el sentido de que de dichas normas se desprende la obligación a cargo de los Estados miembros del Pacto de respetar las normas que provienen del derecho internacional del medio ambiente y que buscan impedir un daño ambiental susceptible de limitar o imposibilitar el goce efectivo del derecho a la vida y a la integridad personal, y que una de

las maneras de cumplir esa obligación es a través de la realización de estudios de impacto ambiental en una zona protegida por el derecho internacional y de la cooperación con los Estados que resulten afectados? De ser aplicable, ¿qué parámetros generales se deberían tener en cuenta en la realización de los estudios de impacto ambiental en la Región del Gran Caribe y cuál debería ser su contenido mínimo? (CIDH, 2017, § 3)

Em resposta, a Corte reconheceu a existência de uma relação inegável entre a proteção do meio ambiente e a realização de outros direitos humanos. Consignou, ainda, que a degradação ambiental afeta diretamente o pleno gozo desses direitos, como se notará abaixo, de uma parte, dos fundamentos jurídicos e, de outra parte, dos prováveis impactos dessa Opinião na efetividade do direito humano ao meio ambiente.

1.1.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se o Protocolo de São Salvador (BRASIL, 1999) não é um texto que permite seja cobrado dos Estados a garantia de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é certo que a Opinião Consultiva de 2017 representa uma quebra de paradigmas, ainda que fundamentada em elementos que se evidenciam da própria teoria dos direitos fundamentais.

Isso, pois, um dos pontos focais da *opinio* está, justamente, na indissociabilidade e na interdependência dos direitos humanos, características decorrentes da Conferência e Plano de Ação de Viena, de 1993.⁹⁶⁶ A Corte remeteu, ainda, essas mesmas características ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável, haja vista que o pleno exercício de todos os direitos humanos depende da existência de um meio propício para tal.

Diante dessa estreita conexão, constatou que os diferentes sistemas de proteção dos direitos humanos reconhecem o direito ao meio ambiente sadio como um direito em si mesmo, não havendo dúvida de que outros direitos humanos tenham sua vulnerabilidade potencializada em razão da degradação ambiental.

Em razão disso, há uma série de obrigações imputáveis aos Estados e que decorrem do direito humano ao ambiente, o que se coaduna com o objetivo de dar cumprimento ao respeito e à garantia dos direitos humanos em sua integralidade. Vale dizer, se está buscando a real efetividade do direito humano ao meio ambiente.

Ressalta a Opinião Consultiva que, no sistema interamericano de direitos humanos, o direito a um meio ambiente sadio está consagrado expressamente no artigo 11 do Protocolo de São Salvador e que, conseqüentemente, esse direito também deve ser considerado como incluído entre os direitos econômicos, sociais e culturais, protegidos pelo artigo 26 da Convenção Americana.

Nesse sentido, afirma a Corte que:

966 Disponível em <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx>, acesso em 31.1.2020.

El derecho humano a un medio ambiente sano es un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras; mientras que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas, en virtud de su dimensión individual y su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad (CIDH, 2018).

No que concerne às obrigações dos Estados com relação à proteção do meio ambiente e, em especial, diante dos impactos ambientais transfronteiriços, a Corte ressalta que os Estados têm a obrigação de respeitar os direitos consagrados na Convenção de 1969 a todas as pessoas sob sua jurisdição. Afirma, outrossim, que o exercício da jurisdição por parte de um Estado implica na sua responsabilidade pelas condutas que lhes sejam atribuídas e que constituam violações de direitos previstos no Pacto de San José (BRASIL, 1992c).

Ora, se classicamente no Direito Internacional Ambiental a responsabilidade dos Estados não se limita aos espaços territoriais sob sua jurisdição (BEURIER, 2010), o que se depreende da análise da Opinião Consultiva é que além de se considerar que os danos possam ser transfronteiriços e que os Estados tenham o dever de impedir sua ocorrência, também é de sua responsabilidade reparar desses danos.

Quanto ao exercício da competência a que se refere o artigo 1.1 da Convenção Americana, há que se destacar que a Corte entende que o conceito de jurisdição ali empregado abrange qualquer situação em que um Estado exerça autoridade ou controle efetivo sobre a pessoa ou pessoas, dentro ou fora de seu território.

E, em relação ao meio ambiente, citando o princípio 21 da Declaração de Estocolmo (1972) ou, ainda, o artigo 194 da Convenção de Montego Bay (BRASIL, 1990), entende-se que os Estados devam assegurar que seu território não seja utilizado de maneira a causar danos significativos ao meio ambiente de outros Estados ou áreas além dos limites de suas fronteiras. Têm, portanto, a obrigação de evitar danos transfronteiriços e, caso os tenham perpetrado, o dever de repará-los.

Para que se possa dar ensejo a essa responsabilização, a Corte entende que a Convenção de 1969 (BRASIL, 1992c) é clara em considerar que as vítimas de danos transfronteiriços se encontram sob a jurisdição do Estado de onde se origina o *eventus damni*. Necessário, nesse sentido, que se comprove a relação de causalidade entre o evento ocorrido nos limites territoriais de um Estado e a afronta aos direitos de pessoas que se encontrem fora de seu território. Essa postura se justifica pelo fato de que o Estado de origem exerce controle efetivo sobre as atividades que causaram o dano e a consequente violação dos direitos humanos.

1.1 COMO PODE ESSA OPINIÃO IMPACTAR NO DIREITO AO MEIO AMBIENTE?

É certo que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁹⁶⁷ vinha tratando a questão ambiental apenas *par ricochet*, muitas vezes vinculando-a aos direitos dos povos indígenas sobre seus territórios e recursos naturais, como se pode notar do que afirmam Bijos e Hessel (2016):

Um dos aspectos a destacar, na análise da jurisprudência da Corte IDH [...], é que as violações ao direito ao meio ambiente sadio foram apreciadas à luz da garantia do direito de comunidades indígenas e tribais a suas terras, em especial sob o enfoque do direito à vida digna e à propriedade. No caso *Comunidad Saramaka vs. Suriname*, por exemplo, em que houve a concessão das terras tradicionais a empresas de mineração e madeira, sem que o Estado promovesse a necessária e prévia informação, a Corte IDH considerou que os povos tribais e indígenas possuem o direito “de serem titulares dos recursos naturais que utilizaram tradicionalmente dentro de seu território pelas mesmas razões pelas quais têm o direito de serem titulares da terra que usaram e ocuparam durante séculos. Do contrário, a sobrevivência econômica, social e cultural desses povos está em risco.” (Bijos e Hessel, 2016, p. 93).⁹⁶⁸

As autoras ressaltam, outrossim, a existência de outros precedentes, os quais apontam para uma ampliação da perspectiva de análise da Corte Interamericana, na medida em que o exame das violações ao direito ao meio ambiente equilibrado não foi vinculado a direitos territoriais de comunidades étnicas, mas a direitos humanos de outra ordem.

É o que se nota no caso *Claude Reyes e outros c. Chile*,⁹⁶⁹ no qual o Tribunal reconheceu a violação ao art. 8º da Convenção de 1969, diante da ausência de efetividade de um procedimento administrativo - recusa de um órgão do Estado chileno em prestar informações sobre um projeto de exploração florestal de grande impacto.

Outro é o caso *Kawas Fernández c. Honduras*,⁹⁷⁰ em que foi examinado o assassinato de uma militante da causa ambiental e as falhas decorrentes da desídia na apuração estatal dos fatos. Ficou reconhecido, no curso do processo, que os defensores hondurenhos do meio ambiente viviam em constante perigo (Bijos e Hessel, 2016, p. 94).

Embora o aspeto ambiental não tenha sido examinado em sua especificidade nos casos supracitados, verifica-se um esforço da Corte Interamericana em não restringir a

967 Onde se destacam os seguintes casos: a) *Comunidades afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica*, envolvendo a Colômbia, sentenciado em 2013; b) *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku*, envolvendo o Equador, sentenciado em 2012; c) *Povo Saramaka*, envolvendo o Suriname, sentenciado em 2007; e d) *Comunidade Mayagna (Sumo) Awast Tingsi*, envolvendo a Nicarágua, sentenciado em 2001. De forma incidental, também vale a pena ressaltar as decisões envolvendo os casos da *Comunidade N'djuka Maroon*, de *Moiwana*, em *Moiwana c. Suriname*; da *Comunidade Indígena Yakye Axa c. Paraguai*; e da *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguai*.

968 Corte IDH. *Povo Saramaka c. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C nº. 172, parágrafo 121.

969 Corte I.D.H., *Claude Reyes e outros c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C n. 151.

970 Corte I.D.H., *Kawas Fernández c. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C nº 196.

análise do direito ao ambiente às violações envolvendo direitos de comunidades protegidas, a exemplo do que ocorre na Corte Europeia de Direitos Humanos.⁹⁷¹

E, nesse sentido, a Opinião proferida em 2017 ressalta a efetividade necessária ao direito ao ambiente, pois dá claros indícios acerca da exigibilidade e, assim, da oponibilidade desse direito humano, na medida em que indica, aos Estados, a existência de obrigações positivas dele decorrentes, a partir de seus aspectos procedimentais - os quais se encontram diretamente relacionados aos direitos de acesso em matéria ambiental.

1.1.1 DE UM DIREITO INOPONÍVEL ÀS OBRIGAÇÕES POSITIVAS DOS ESTADOS

No que concerne à segunda e à terceira questões formuladas pela Colômbia - onde se solicitava à Corte que determinasse as obrigações do Estado relacionadas ao dever de respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade pessoal em relação aos danos ambientais - os juízes de San José consideraram que, para respeitar e garantir os direitos à vida e à integridade, os Estados devem: a) prevenir danos ambientais significativos, dentro ou fora de seu território; b) regular e supervisionar as atividades sob sua jurisdição que possam causar danos significativos ao meio ambiente; c) desde que haja risco de danos significativos ao meio ambiente, realizar estudos de impacto ambiental; d) estabelecer um plano de contingência, a fim de ter medidas de segurança e procedimentos para minimizar a possibilidade de grandes acidentes ambientais; e) agir de acordo com o princípio da precaução, para, mesmo na ausência de certeza científica, proteger o direito à vida e à integridade pessoal de danos sérios ou irreversíveis ao meio ambiente; f) cooperar, de boa-fé, na proteção contra danos ambientais; g) notificar os demais Estados potencialmente afetados quando tomem conhecimento de que uma atividade planejada sob sua jurisdição possa gerar um risco de danos transfronteiriços significativos e em casos de emergências ambientais; h) garantir o direito de acesso a informações relacionadas a possíveis efeitos sobre o meio ambiente, consagrados no artigo 13 da Convenção; e, por fim, i) garantir o direito à participação das pessoas sob sua jurisdição na tomada de decisões e na adoção de políticas que possam afetar o meio ambiente.

As obrigações positivas enunciadas pela Corte no caso em tela se coadunam com uma dentre as preocupações centrais do Direito Internacional do Meio Ambiente, qual seja, os impactos ambientais num contexto transfronteiriço. Esse elemento, presente desde a sentença arbitral da Fundação de Trail (ONU, 2006), por meio da qual se

971 Há casos emblemáticos no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos versando sobre a temática ambiental, como aqueles contidos nos Informes nº 76/09, envolvendo a Comunidad de la Oroya (Perú), de 5 de agosto de 2009; 20 CIDH; nº 69/04, Petición 504/03, envolvendo a Comunidad San Mateo de Huanchor y sus miembros (Perú), de 15 de outubro de 2004; a recomendação feita ao Brasil sobre a demarcação da reserva indígena Yanomami, em 1985, quando o Estado brasileiro ainda não havia aceito a jurisdição da Corte (CIDH, Resolução n. 12/85, Caso 7615, Brasil, 5 de março de 1985); e mais recentemente o caso que envolveu a construção da usina hidrelétrica de Belo Monte, em Altamira, no Estado do Pará, no Brasil, em que a Comissão, em abril de 2011, dado o grave risco de danos irreparáveis às comunidades do Rio Xingu, decretou medidas cautelares em favor dos atingidos, ordenando ao Estado brasileiro uma série de providências para proteção da vida e integridade dos membros daquelas comunidades (CIDH. MC 382/10 - Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil, de 1º de abril de 2011).

atestava a responsabilidade dos Estados pelos danos ambientais causados além de suas respectivas fronteiras, veio a ser plenamente considerado no campo das regras internacionais, tanto por meio da Convenção de Espoo, de 1991, sobre estudos de impacto ambiental num contexto transfronteiriço, como pela Convenção de Aarhus, de 1998 e pelo Acordo de Escazú, de 2018, ambos responsáveis por trazer a lume os direitos de acesso em matéria ambiental.

Esses direitos se vinculam diretamente à prevenção, como à reparação dos danos transfronteiriços, na medida em que, de uma parte, devem nortear a avaliação prévia dos impactos ambientais de uma obra ou atividade, os quais podem ultrapassar as fronteiras de um Estado e, com isso, interessarem à população de cada território possivelmente afetado por um dano ambiental iminente ou futuro. Nesse tipo de situação, informar a população possivelmente afetada é *conditio* necessária a permitir sua participação a um processo decisório; como o será, igualmente, para fins de acesso ao Poder Judiciário, em nome da defesa do direito ao ambiente.

Por outra parte, no caso dos danos reais, os direitos de acesso são, na mesma medida, indispensáveis, pois incumbe aos Estados informar seus vizinhos de impactos e/ou danos ambientais transfronteiriços, situações de emergência, além de - à população em geral - as medidas que poderão ser tomadas para que se evitem impactos suplementares, seja sobre o ambiente, seja sobre a saúde humana. Disposições nesse sentido podem ser encontradas no Protocolo em Matéria de Cooperação e Assistência frente a Emergências Ambientais, adotado no âmbito do Mercosul, em 2004 (BRASIL, 2013), como na Convenção de Viena, de 1986 (BRASIL, 1991).

No tocante aos danos ambientais transfronteiriços, impende destacar que a Corte Internacional de Justiça proferiu, em fevereiro de 2018, decisão inédita sobre o tema, no caso “Certas atividades conduzidas pela Nicarágua na região fronteiriça (Costa Rica c. Nicarágua) Indenização devida pela República da Nicarágua à República da Costa Rica”, assim estatuinto no parágrafo 42 do *decisum*:

La Cour est donc d’avis que les dommages causés à l’environnement, ainsi que la dégradation ou la perte consécutive de la capacité de celui-ci de fournir des biens et services, sont susceptibles d’indemnisation en droit international. Cette indemnisation peut comprendre une indemnité pour la dégradation ou la perte de biens et services environnementaux subie pendant la période précédant la reconstitution, et une indemnité pour la restauration de l’environnement endommagé.⁹⁷²

Reconhece-se, dessa forma, não apenas num plano interpretativo da proteção internacional do direito humano ao meio ambiente - conforme estatuído na opinião consultiva ora em análise - mas também de maneira contundente no plano jurisdicional, a necessidade de se repararem os danos ambientais transfronteiriços.

972 Disponível em <http://www.icj-cij.org/fr/affaire/150>, acesso em 03.06.2018.

Essa necessidade, vale sublinhar, se apresenta enquanto verdadeira obrigação para os Estados classicamente no Direito Internacional, mas que se reforça tanto a partir da decisão da Corte de Haia, acima aludida, como da *opinio* em comento.

1.1.2 OS EFEITOS DA OPINIÃO PARA ALÉM DA CORTE

É inegável que a Opinião Consultiva, enquanto interpretação oficial dos tratados que fundamentam o funcionamento da Corte,⁹⁷³ terá impactos sobre o julgamento dos casos com viés ambiental que se apresentem, desde logo, perante essa instância internacional.

Por certo, não chega a ser ousado considerar a possibilidade de que se constituam litígios perante a Corte que digam respeito diretamente à proteção ambiental, na medida em que a Opinião exarada em 2017 alude a uma série de obrigações positivas, sejam elas de cunho preventivo ou reparatório, diretamente decorrentes do direito humano ao meio ambiente, assim como à sua plena oponibilidade aos Estados.

E, diante disso, os elementos trazidos na *opinio* orientarão os casos onde o direito ao meio ambiente previsto pelo Protocolo de São Salvador venha a ser invocado, de maneira direta ou indireta, perante esse tribunal. Poderão constituir, inclusive, os próprios fundamentos das ações movidas em desfavor de um ou mais Estados, à luz de eventual recalcitrância em relação à proteção do meio ambiente, natural ou humano. E, ainda que se considere a sua inoponibilidade formal - já que o Protocolo assim estatui - é certo concluir que a Opinião de 2017 reduz a margem das alegações do princípio da reserva do possível.

Entende-se, outrossim, que a proteção ambiental não mais se pautará, no seio da Corte, por interpretações que se façam extensivamente em relação aos direitos invocados pelas vítimas, mas sim pela violação direta do artigo 11 do Protocolo de São Salvador (BRASIL, 1999), o que permite, por óbvio, ir além no que tange à efetividade do direito ao meio ambiente em cada caso concreto.

Note-se, ademais, o enfoque dado por essa instância internacional aos direitos de acesso - informação, participação, acesso à justiça -, cuja contribuição para a efetividade do direito ao meio ambiente é inegável. A alusão a eles, como a indissociabilidade dos direitos humanos constituem, sem margem a dúvidas, claro contributo para a efetividade do Acordo de Escazú, de uma parte, e para a evolução e harmonização das normas de proteção ambiental no âmbito do Direito de cada Estado jurisdicionado à Corte, de outra parte.

A Opinião Consultiva 23 terá, por certo, impactos claros no que diz respeito à efetividade do direito humano ao meio ambiente, no plano interamericano, mas também do direito fundamental previsto em nível de cada Estado, o que se justifica, até mesmo, pela visibilidade desse *decisum*. Fato esse que permite se vislumbre uma tendên-

973 Até mesmo diante do que prevê o artigo 64.1 do Pacto de San José: “Os Estados-Partes da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção [...]” (BRASIL, 1992c).

cia, por parte dos Estados, em se antecipar aos prováveis litígios que possam colocá-los na berlinda, pelo desrespeito aos direitos de acesso - e, por conseguinte, ao direito humano ao meio ambiente.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se, com referida opinião consultiva, que a Corte Interamericana promoveu um avanço considerável no trato da questão ambiental.

Por certo, mesmo diante da expressa inoponibilidade do direito elencado no artigo 11 do Protocolo de São Salvador, a Opinião confirma a evolução da jurisprudência “verde” dessa jurisdição.

Avança, assim, a *opinio* de 2017 no sentido de reconhecer expressamente o meio ambiente como um direito humano, do qual decorrem obrigações negativas e positivas aos Estados; um direito com caráter indivisível, inter-relacionado com outros direitos de natureza econômica, social e ambiental. E, no plano da jurisdição interamericana, de ser plenamente oponível.

No que tange à responsabilidade ambiental, avança também no sentido de reconhecer o caráter transnacional não só do dano como também do próprio direito ambiental, pois a violação de suas regras é um entrave ao pleno gozo e ao exercício de outros direitos consagrados no texto da Convenção Americana. Corrobora, uma vez mais, com o que entende a Corte Internacional de Justiça em relação aos danos ambientais e à sua reparação, quando determinou fosse a Costa Rica indenizada pela Nicarágua, no caso julgado em fevereiro de 2018, já mencionado.

Reiterando regra principiológica decorrente do caso da Fundação de Trail (ONU, 2006) a Corte considera que as ações de atores privados, no exercício de suas atividades e que estejam sob a jurisdição de um determinado Estado membro da OEA, são igualmente passíveis de ensejar a responsabilidade internacional desse Estado. Isso porque é este quem detém, na origem, o dever de adotar todas as medidas preventivas e repressivas para evitar que danos ambientais causados em seu território possam ter efeitos transfronteiriços.

Ainda que a evolução na jurisprudência da Corte Interamericana, agregada da Opinião de 2017, demonstre a possibilidade de se exigir o cumprimento, por parte dos Estados, dos direitos econômicos, sociais e culturais e, em especial, do direito humano ao meio ambiente a partir dos direitos de acesso, deve-se ressaltar a necessidade de que haja uma afirmação clara nesse sentido no Protocolo de São Salvador, que merece emenda onde se estabeleça a justiciabilidade do direito ao meio ambiente.

Por certo, a efetividade desse direito pode ser incrementada a partir de sua oponibilidade perante a Corte de São José, não podendo ser tributária das áleas que pautam o

posicionamento de uma instância jurisdicional. Daí, ainda que a Opinião 23 tenha vindo a lume, deve-se positivar a possibilidade de se opor o direito ao meio ambiente aos Estados, tanto em nome dos jurisdicionados à Corte como em nome de toda a Humanidade, destinatária que é de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

BIBLIOGRAFIA

ARTICLE 19. *Un verde mortal. Amenazas contra los defensores y defensoras de los derechos*. Londres: ARTICLE 19, 2016. Disponível em https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2016/08/Deadly_shade_of_green_Spanish_Aug2016.pdf, acesso em 27.1.2020.

BEURIER, Jean-Pierre. *Droit International de l'Environnement*. Paris: Pedone, 2010.

BIJOS Leila; HESSEL, Carmem Elisa. Sistema interamericano de direitos humanos: proteção ao meio ambiente. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva* | e-ISSN: 2526-0197 | Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 78-98 | Jul/Dez. 2016.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

de BRICHAMBRAUT, Marc Perrin; DOBELLE, Jean-François; COULÉE, Frédérique. *Leçons de droit international public*. 2. ed. Paris: Presses de Sciences Po et Dalloz, 2011.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

KISS, Alexandre e BEURIER, Jean-Pierre. *Droit International de l'Environnement*. Paris: Pedone, 2000.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. Meio Ambiente e Direitos Humanos. In MILARÉ, Edis e LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*. v. VI, p. 1151-1175. São Paulo: RT, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ONU. *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*. Stockholm, 5-16 June 1972. Doc. A/CONF.48/14/Rev. 1, 1972.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Judicialização, reserva do possível e compliance na área da saúde. In *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. v. 18, n. 1, 2017, disponível em <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/issue/view/28>, acesso em 28.1.2020.

STONE, C. *Should Trees Have Standing? Law, Morality, and the Environment*. 3. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

SUDRE, F. *Droit européen et international des droits de l'homme*. 12. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2015.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM TEMPOS DE NOTÍCIAS FRAUDULENTAS (*FAKE NEWS*): UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Pedro Luís Piedade Novaes

RESUMO: A liberdade de expressão é considerada por muitos como o termômetro do grau de democracia de qualquer país, pois com ela se garante o pluralismo de ideias. Trata-se de direito fundamental do ser humano, garantindo a todos a liberdade de divulgar, receber, acessar e buscar informações, mesmo que contrários aos anseios dos detentores do Poder ou da maioria estabelecida em determinada coletividade. No entanto, com os avanços tecnológicos, em especial nas redes sociais, é cada vez mais constante a presença das denominadas *fake news*, as quais servem de perigoso instrumento de alienação e desinformação generalizada, que pode atingir até mesmo o resultado de eleições em países democráticos. Com isso, surge uma indagação: é possível restringir a liberdade de expressão para combater a proliferação de notícias fraudulentas? Nesse contexto, será analisada a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a do Supremo Tribunal Federal, no intuito de responder a tal questionamento. Ademais, o presente trabalho terá o condão de estudar, sem esgotar a matéria, se a intervenção governamental na liberdade de expressão acarreta uma censura prévia ou se este mecanismo está de acordo com o Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão. Notícias fraudulentas. Censura prévia. Democracia.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A proteção jurídica da liberdade de expressão; 3. Das notícias fraudulentas (*fake news*); 4. Análise do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Americana de Direitos Humanos; 5. Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre os limites liberdade de expressão; 6. Notícias fraudulentas (*fake news*) e a aplicação do artigo 13, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos; 7. Do combate das notícias fraudulentas (*fake news*) sem atingir discursos protegidos pela liberdade de expressão; 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a liberdade de expressão, garantia consagrada nos países democráticos, inserindo na discussão o problema da divulgação de notícias fraudulentas nas redes sociais – as quais trazem desinformação generalizada à coletividade –, procurando demonstrar se existe algum precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal quanto a limitação ou não desse tipo de discurso.

Afinal, o ato de divulgar notícia fraudulenta nas redes sociais é ou não uma forma de se exercer a liberdade de expressão? Se positiva a resposta, como poderia o direito tutelar um tipo de conduta que é utilizada dolosamente para confundir as pessoas, afetando até mesmo o resultado de eleições democráticas? Não estariam os propagadores das notícias fraudulentas se utilizando de uma garantia fundamental como escudo para práticas ilícitas?

Como se observa, se trata de um tema espinhoso e de difícil resposta. Para tanto, será necessário, num primeiro momento, analisar as características e o alcance da liberdade de expressão. Em seguida, demonstrar como as notícias fraudulentas, denominadas “fake news”, se espalham pela Internet e o porquê da preocupação mundial contra elas. Finalmente, será feita análise de alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal, no intuito de obter-se possíveis respostas para o combate das notícias fraudulentas, sem que haja violação à referida liberdade de expressão.

2. A PROTEÇÃO JURÍDICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Em qualquer constituição democrática é garantida a proteção à liberdade de manifestação do pensamento. E não poderia ser diferente, pois ninguém pode ser preso ou perseguido pelas suas opiniões e pela defesa de suas ideologias, ou por receber, acessar e buscar informações, mesmo que contrárias aos anseios dos detentores do Poder ou de uma maioria estabelecida em determinado país.

Atualmente não há discussão doutrinária de que “a liberdade de manifestação do pensamento está consagrada entre os direitos fundamentais do homem, sendo atualmente um dos instrumentos basilares de uma sociedade democrática” (FRANCO, 1999, p. 26). Pode-se afirmar que a liberdade de expressão é a pedra angular de toda sociedade livre, democrática e participativa, pois dela decorre o pluralismo de ideias. Entende-se que a liberdade de expressão “corresponde não somente a uma liberdade individual de defesa em face do Poder Público, mas também um instrumento garantidor da democracia, porquanto indispensável à formação de uma opinião pública livre e esclarecida (OPPITZ, 2017, p. 74).

No entanto, se comparada com a história da humanidade, tal garantia é relativamente recente: a primeira regulamentação da liberdade de expressão está contida na “Declaração dos Direitos do Bom Povo de Virgínia”, de 12 de junho de 1776, dos Estados Unidos da América, cujo artigo 14 dispunha que “a liberdade de imprensa é um dos mais fortes baluartes da liberdade do Estado e só pode ser restringida pelos governos despóticos” (DHNET, 2019). Poucos anos depois, a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1793, resultado da Revolução Francesa, previu tal proteção em seu artigo VII:

“O direito de manifestar seu pensamento e suas opiniões, quer seja pela voz da imprensa, quer de qualquer outro modo, o direito de se reunir tranqüilamente, o livre exercício dos cultos, não podem ser interditos. A necessidade de enunciar estes direitos supõe ou a presença ou a lembrança recente do despotismo”. (DNNET, 2019)

Atualmente, há previsão da garantia à liberdade de expressão na Declaração Universal dos Direitos do Homem, das Nações Unidas, de 1948, cujos artigos 18 e 19 estabelecem o seguinte:

“Artigo 18

Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Artigo 19

Todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras”. (DNNET, 2019)

No mesmo diapasão, o artigo 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos estabelece a proteção à liberdade de expressão, especificando melhor o alcance e os limites desse direito da humanidade, que será melhor analisado abaixo:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito a liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
 - a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento a discriminação, a hostilidade, ao crime ou a violência (DNNET, 2019).

No Brasil, a liberdade de expressão foi prevista, primeiramente, na Carta de Lei de 02 de outubro de 1923. E esteve presente em todas as Constituições brasileiras, sejam as democráticas (1891, 1934, 1946 e 1988), sejam as outorgadas (1824, 1937 e 1967). A atual Constituição Federal, de 1988, por refletir o anseio popular pela redemocratização, após um período de ditadura (1964-1985), estabelece vários dispositivos que confirmam o compromisso com o Estado Democrático de Direito e com a liberdade de expressão. Já no preâmbulo está expresso que a Assembléia Nacional Constituinte foi reunida para “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar”. No artigo 1º, *caput*, reforça-se a existência de um Estado Democrático de Direito. No artigo 5º, tem-se, dentre um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, vários incisos que coadunam com a preservação da democracia: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; “é assegurado a todos o acesso à informação” (incisos IV, IX e XIV, respectivamente).

Ainda há o artigo 220, *caput*, CF, que estabelece que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”, sendo vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (§ 2º); o § 1º do mesmo dispositivo determina que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

A única limitação expressa em nossa Constituição à liberdade de imprensa é no caso de decretação de Estado de Sítio, nos termos do art. 139, III, que, felizmente, nunca foi utilizada após a redemocratização. Verifica-se, assim, que a Constituição Federal deu grande atenção à liberdade da imprensa, a qual está inserida na liberdade de expressão, a ponto de destinar um capítulo específico para a Comunicação Social (artigos 220 a 224).

Analisando o texto constitucional brasileiro, é correto afirmar que, no artigo 5º, incisos IV, IX e XIV, CF, é garantida a liberdade de expressão com conotação individual e que os artigos 220 a 224 estabelecem regras e princípios destinados à mídia, reiterando a proteção da liberdade de expressão para a imprensa, uma vez que isso reflete na própria preservação da democracia, como bem assevera Ives Gandra da Silva Martins e Arnaldo Wald:

“Apenas através da liberdade de imprensa e dos meios de comunicação incensuráveis e independentes, pode ter a sociedade em geral o amplo conhecimento do que ocorre nos bastidores dos governos para corretamente fiscalizá-los. De rigor, uma Constituição é voltada a garantir os direitos dos cidadãos e dos residentes no País, a formatação do Estado, como organismo que deve servir à comunidade, e os meios para que a sociedade controle

aqueles que estão a seu serviço. E o melhor destes controles faz-se através dos órgãos de comunicação, que uma sociedade livre, ao lado do direito de defesa, fundamentalmente exercido pelos advogados, assegura à plena democracia. É que, nas ditaduras, não há nem direito de defesa, nem imprensa livre”. (2010, p. 4)

Pode-se afirmar, seguramente, que após a leitura dessas diversas normas internacionais e constitucionais, supramencionadas, que a liberdade de expressão não deve ser entendida apenas como uma garantia individual do ser humano, mas também como um direito difuso. Logo, a liberdade de expressão não se trata apenas da proteção para que cada pessoa possa expor livremente os seus pensamentos, ideias e informação, mas também “do direito da sociedade de obter informações e receber, livre de interferência e obstáculos, os pensamentos, ideias, opiniões e informações dos outros” (BENTO, 2016, p. 97)

Nesse contexto, vale mencionar que o Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito da Liberdade de Expressão, elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, estabelece três funções para a liberdade de expressão. A primeira, que visa garantir aos seres humanos a capacidade de pensar e entender o mundo de seu ponto de vista, intercambiando ideias, ou seja, ela é essencial para a realização do próprio ser humano; a segunda, que deriva de sua relação estrutural com a democracia, proporcionando uma pluralidade de ideias, oriunda da participação da sociedade nos destinos da nação, protegendo-se a livre circulação de ideias e opiniões; e, finalmente, uma terceira função que é a de servir de ferramenta para o exercício dos demais direitos fundamentais, tais como direito de reunião, à liberdade religiosa, à educação e à identidade étnica e cultural (OEA, 2009, p. 2-4).

3. DAS NOTÍCIAS FRAUDULENTAS (FAKE NEWS)

Após a demonstração da importância da proteção da liberdade de expressão, faz-se necessário explicitar, de forma sucinta, o problema da proliferação das “fake news”, em especial, no mundo digital, as quais, apesar de sua nocividade, são também manifestações do pensamento. A questão é saber se tal tipo de discurso mendaz está protegido pelas normas internacionais de direitos humanos e pela Constituição Federal, o que será abordado no final deste estudo.

A expressão “fake news”, traduzindo-a de forma literal, significa notícia falsa. No entanto, para Eugênio Bucci, citando o professor Carlos Eduardo Lins da Silva, o correto seria denominar esse fenômeno de “notícia fraudulenta”, já que o sentido do adjetivo “fake”, em inglês, envolve intenção do agente de enganar o interlocutor, o público ou o destinatário, o que não implica esse dolo, essa intenção maliciosa, com o adjetivo “falsa” (p. 10, 2019).

Para entender a periculosidade das notícias fraudulentas, vale abrir um rápido parêntese para frisar os dois pressupostos do jornalismo ético, uma vez que a liberdade

de imprensa está contida na proteção à liberdade de expressão. São eles: a) a publicação de notícias verdadeiras e b) e que tais fatos a serem divulgados sejam de interesse público. Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz (2009, p. 42) sintetiza esse raciocínio da seguinte forma:

Não é esdrúxula a afirmação de que a democracia trouxe consigo o direito dos cidadãos à participação política nos assuntos públicos. Tampouco é supérfluo dizer que o movimento democrático só alcança eficácia quando os cidadãos têm efetivo acesso à informação, para que intercedam conscientemente no discurso público. Todavia, para que o exercício do direito à informação esteja legitimado pela Constituição, há de concorrer dois elementos de caráter positivo. O primeiro se refere à veracidade; o segundo alude à relevância pública da informação.

Ocorre que, nos dias de hoje, as notícias não são mais veiculadas exclusivamente pela mídia. Com o avanço tecnológico, os jornalistas e as empresas de comunicação dividem espaço agora com os usuários das redes sociais. Logo, se de um lado a revolução tecnológica da internet e o advento das redes sociais proporcionou o acesso à informação inimaginável na história da humanidade, de outro lado temos uma proliferação de notícias veiculadas por pessoas que não têm o dever ético de informar adequadamente, pois não são jornalistas.

Até bem pouco tempo atrás, as pessoas não tinham muitas opções para escolher qual notícia gostariam de acessar; cabia aos meios de comunicação tradicionais (rádio, televisão, jornais e revistas) noticiar aos seus receptores os fatos que entendiam ser os mais importantes do dia. Hoje isso mudou de forma radical, pois “a apropriação dos meios tecnológicos pelas camadas mais baixas da população, permitiu que pessoas comuns comesçassem a contar suas próprias histórias, muitas vezes competindo de igual para igual com o mercado tradicional consolidado” (BRANCO, 2017, p. 55).

Se as notícias agora são veiculadas tanto pela mídia quanto por pessoas comuns, há um dado preocupante a ser observado: mais de setenta por cento das pessoas somente tem acesso às informações pelas redes sociais, em especial, pelo Facebook (OBSERVATÓRIO DA IMPRENSA, 2015, online). Certamente, tais notícias são veiculadas de forma inadequada, não se atendendo aos preceitos éticos do bom jornalismo, já demonstrados acima. De qualquer maneira, faz-se necessário aprofundar mais sobre tal assertiva, no sentido de buscar a realidade do que move as redes sociais e do comportamento do ser humano nos ambientes digitais.

É correto afirmar que estamos no mundo da pós-verdade, no qual as pessoas pouco se importam se o que elas acreditam é verdadeiro ou não, mesmo que haja comprovação, por meio de dados e de estatísticas, que algum fato é comprovadamente falso. Como exemplo, temos pessoas que acreditam que a terra é plana, que o homem não foi para lua, que não há aquecimento global, que as vacinas transmitem doenças ou causam autismo, mesmo que se demonstre cabalmente a verdade, por meio de provas.

Aliás, o termo pós-verdade foi escolhido pelo Dicionário Oxford como a palavra do ano de 2016, que o conceituou como sendo “circunstâncias em que os fatos objetivos são menos influentes em formar a opinião pública do que os apelos à emoção e à crença pessoal” (OXFORD DICTIONARY, 2016). Em 2018, o dicionário digital “dictionary.com” escolheu a palavra “misinformation”, como a palavra do ano, que significa em português, desinformação (BUCCI, 2019, p. 12).

Como explica Matthew D’Ancona (2018, p. 10), “a verdade, assim, perde a primazia epistemológica nas discussões públicas e passa a ser apenas um valor entre outros, relativo e negociável, ao passo que as emoções, por outro lado, assumem renovada importância”. No mesmo diapasão, José Antonio Zarzalejos esclarece que “a pós-verdade consiste na relativização da verdade, na banalização da objetividade dos dados e na supremacia do discurso emotivo” (Revista Uno, 2017).

Há um fator que os psicólogos denominam de “viés de confirmação” que ajuda a compreender o que é esse comportamento da pós-verdade em nossos dias, ou seja, “conota a busca ou a interpretação de evidências de maneiras que são parciais às crenças, expectativas ou hipóteses existentes” específicos de cada pessoa (NICKERSON, 1998, p. 175). Em outras palavras, trata-se de um padrão cognitivo “que consiste na tendência de cada indivíduo a aceitar evidências que confirmam suas crenças preconcebidas e a recusar a validade de provas que contrariam as suas intuições” (HORTA & COSTA, 2017, p. 12).

E esse acreditar apenas nas suas próprias crenças reflete muito nas redes sociais. Hoje já é comprovado que somos controlados por inteligência artificial para acessar apenas aquilo que nos agrada, corroborando com o nosso viés de confirmação e o mundo pós-verdade. A realidade é que as redes sociais são organizadas por inteligência artificial, a qual realiza uma espécie de filtro-bolha predefinindo aquilo que iremos acessar, mediante um conjunto de mecanismos algorítmicos utilizados para se fazer uma edição invisível voltada à customização da navegação on-line (MAGRANI, 2014, p. 124). Com isso, o usuário tem apenas acesso àquilo que lhe agrada. Pode-se dizer que vivemos cada um em sua bolha. O resultado desse filtro tem uma função: “agradar amplamente o usuário, tornando sua experiência a mais prazerosa possível (BRANCO, p. 52).

Logo, atualmente, na divulgação de notícias, a imprensa compete com as redes sociais, geridas por pessoas que vivem nas suas próprias bolhas e que transmitem a informação que está de acordo com os seus valores, pouco se importando se o conteúdo passado para frente é verdadeiro ou não. Não há essa checagem prévia do usuário das redes sociais. Nesse cenário, como se pode garantir o acesso às informações que realmente interessam à população, se qualquer um pode ser o transmissor de notícias que lhe vem à tona e que estão de acordo com a sua bolha?

Ora, se hoje as pessoas apenas acessam e postam, nas redes sociais, aquilo que está em consonância com as suas próprias crenças pessoais; se mais de setenta por cento

dos brasileiros apenas buscam notícias por esse meio digital e se, finalmente, somos controlados por inteligência artificial para termos acesso apenas aquilo que nos agrada, significa afirmar que dificilmente iremos contestar a veracidade do fato que nos é apresentado nas redes sociais.

Pois bem. E se dentro desse contexto o fato acessado e compartilhado nas redes sociais é falso? Poucas pessoas checam as informações que lhes são passadas. E esse é o grande problema enfrentado no Brasil e no mundo: a veiculação desenfreada de notícias falsas nas redes sociais. Tanto é verdade que, com base na pós-verdade e na divulgação de notícias falsas, boa parte dos ingleses entenderam, em 2016, pela saída da Inglaterra da União Europeia e, no mesmo ano, os norte-americanos elegeram Trump presidente (SPINELLI & SANTOS, 2018). Tal situação negativa das notícias falsas também se fez presente em várias eleições pelo mundo, como na França, no Brasil, no México, na Nigéria e na Índia. Na Nigéria, algo bizarro aconteceu: o presidente Muhammadu Buhari, que tentava a reeleição, teve que postar em seu Twitter que estava vivo e que o país não era governado por um clone, tamanha foi a repercussão dessa notícia falsa. (AGÊNCIA LUPA, 2019)

Verifica-se, portanto, que a divulgação de notícias falsas encontra um terreno fértil para ser propagado nas redes sociais. E daí a dificuldade em combatê-la, pois as pessoas, dentro de suas bolhas, não checam a informação e repassam para seus contatos. Conforme estudo realizado por pesquisadores do MIT (Massachusetts Institute of Technology), após a checagem de 126 mil notícias no Twitter entre 2006 a 2017, chegou-se à conclusão que as notícias falsas têm 70% mais chances de ser repassada nas redes sociais que as notícias verdadeiras. Assim, na era da pós-verdade, tal estudo apenas comprova que, para a sociedade atual, pouco importa o que seja verdade. Basta que a notícia esteja dentro de sua crença pessoal. (FOLHA, 2018, online)

Nesse diapasão, se de um lado temos a liberdade de expressão – em sua conotação individual e difusa – protegida pelos Tratados de Direitos Humanos (em especial, pelo Pacto de São José da Costa Rica – art. 13) e pela Constituição Federal (artigos 5º, incisos IV, IX e XIV e 220 a 224) e é considerada a pedra angular da democracia; de outro, temos a proliferação de notícias fraudulentas nas redes sociais, divulgadas de forma dolosa, no intuito de desinformar a população. Diante desse grave quadro apresentado, seria possível uma censura prévia administrativa ou judicial, no sentido de diminuir os efeitos maléficos das denominadas “fake news”? Para tanto, serão analisados o artigo 13, da Convenção Americana de Direitos Humanos, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a fim de obter possíveis respostas sobre tal indagação.

4. ANÁLISE DO ARTIGO 13 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

No que se refere à liberdade de expressão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem escassa jurisprudência sobre tal tema. Segundo Daniela Gomes Oppitz “foram julgados pela Corte, até o presente momento, dezessete casos envolvendo violação ao direito à liberdade de expressão, sendo que cerca de um terço dos mesmos debruça-se sobre a questão do confronto entre a liberdade de expressão e o direito à honra”. (2017, p. 75). Mesmo com esse reduzido número de casos, há como verificar o alcance e os limites da liberdade de expressão, sob o ponto de vista da Corte Americana de Direitos Humanos, o qual servirá de guia para possível análise da divulgação de notícias fraudulentas, sob o ponto de vista desta corte humanitária.

O artigo 13, do Pacto de São José da Costa Rica explicita alguns limites da liberdade de expressão, reforçando a ideia de que nenhuma garantia fundamental do ser humano é absoluta. Os itens 2, 4 e 5, do referido dispositivo normativo, expressamente estabelecem as condições que ditas limitações devem cumprir para serem legítimas (OEA, 2009, p. 22). Aliás, essa conclusão está disposta expressamente no Parecer Consultivo nº 5/85, da própria Corte (1985, p. 22/23):

“78. Em consequência, a Corte considera que a liberdade e a independência dos jornalistas é um bem que precisa ser protegido e garantido. No entanto, nos termos da Convenção, as restrições autorizadas à liberdade de expressão devem ser aquelas necessárias para assegurar a obtenção de certos fins legítimos, ou seja, não basta que a restrição seja útil para a obtenção deste fim, isto é, que se possa alcançar através dela, mas deve ser necessária, ou seja, que não possa ser alcançada razoavelmente por outro meio menos restritivo a um direito protegido pela Convenção”.

Vale frisar que, como regra geral, a redação do artigo 13, item 1, da CADH reproduz a importância da liberdade de expressão, ao pontuar que:

Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha

Trata-se da regra básica da liberdade de expressão: ela não pode, a princípio, ser cerceada, pois com ela se garante o pluralismo de ideias e a permanência do regime democrático. Segundo o Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito da Liberdade de Expressão, elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao esclarecer sobre os tipos de discurso protegidos, esclarece, no seu item 30, que, em princípio, todas as formas de discurso estão protegidas pela garantia da liberdade de expressão, independentemente de seu conteúdo e do maior ou menor aceitação social (OEA,

2009, p. 10). Nesse sentido, “existe, portanto, uma obrigação geral de neutralidade do Estado quanto ao conteúdo das opiniões e ideias que circulam na esfera pública” (BEN-TO, 2016, p. 98), justamente para garantir o acesso a todos os discursos.

No entanto, essa proteção não é absoluta e pode ser limitada, conforme a forma de manifestação do pensamento. Tanto que, prosseguindo a leitura do artigo 13, da CADH, o seu item 2, mesmo expressando a proibição de qualquer tipo de censura prévia da liberdade de expressão, prevê a possibilidade de haver responsabilidades posteriores, desde que estabelecidas em lei clara e precisa do país signatário da Convenção Americana, “e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”.

Percebe-se, assim, que o item 2, do artigo 13, estabelece limites pontuais à liberdade de expressão. Mas exige que haja previsão legal do País signatário da CADH. A necessidade de lei clara e precisa foi analisada no caso “Usón Ramírez vs Venezuela”, em que a Corte Americana considerou que os termos em que estava redigido o crime de “injúria contra a Força Armada Nacional”, previsto na lei venezuelana, não respeitava os limites mínimos exigidos pelo princípio da estrita legalidade e, como consequência, violava o disposto no artigo 13.2 da CADH. Segundo a Corte, a norma penal aplicada pela Justiça Venezuelana para condenar o militar Usón Ramirez, militar aposentado, não cumpria as exigências do princípio da legalidade, já que não deixava claro qual o seu escopo de aplicação e qual o alcance correspondente do direito à liberdade de expressão (OEA, 2009).

Outro ponto destacado no artigo 13, item 2, da CADH é a limitação da manifestação do pensamento quando atingir o direito à honra de uma pessoa. O referido dispositivo normativo determina que a responsabilidade deve ser aferida posteriormente, no âmbito civil (ações de reparação de danos materiais ou morais) ou via direito de resposta (art. 5º, V, da Constituição Federal e lei federal nº 13.188/2016). Resta claro que, tal como a liberdade de expressão e de imprensa, a CADH também protege os denominados direitos de personalidade (honra, imagem, privacidade e intimidade), conforme seu artigo 11:

“Art. 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Por outro lado, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos estabelece que alguns discursos devem ser especialmente protegidos, mesmo atingindo a honra de outras pessoas, quando baseado em críticas ou denúncias contra os detentores do Poder, no exercício de suas funções públicas. No Caso Ricardo Canese vs. Paraguai a Corte Americana se manifestou a favor da liberdade do pensamento. Ricardo Canese foi condenado pela Justiça Paraguaia a pena de dois meses de prisão e multa, pelo crime de difamação, por ter questionado durante o debate da disputa eleitoral para as eleições presidenciais do Paraguai, em 1993, a integridade do seu adversário, Sr. Juan Carlos Wasmosy, ao afirmar que se envolveu em condutas ilícitas em favor do então ditador Stroessner, na construção da Hidroelétrica de Itaipu. Em 1998, a Corte Americana recomendou que o Paraguai retirasse as acusações criminais feitas em desfavor de Canese, bem como as restrições impostas à sua liberdade de locomoção e indenização pelos danos morais sofridos. Um dos principais fundamentos da decisão é justamente que a manifestação do Sr. Canese continha informações de interesse público sobre um candidato a presidência da república paraguaia, revelando-se um instrumento essencial para a formação da opinião pública do eleitorado, contribuindo, assim, para a maior transparência e fiscalização das futuras autoridades e da sua administração. (OEA, 2004).

No mesmo diapasão, a proteção de discursos que tem como pano de fundo críticas e denúncias contra políticos e agentes públicos foram observados nos seguintes julgados da Corte: a) caso *Herrera Ulloa c. Costa Rica* (jornalista condenado criminalmente por ter difamado um diplomata, que trabalhava na Agência de Energia Atômica na Áustria) (OEA, 2004) e b) caso *Eduardo Kimel c. Argentina* (jornalista e historiador condenado pela prática de crime de difamação, por ter publicado a obra *La Masacre de San Patricio*, em que descreve o assassinato de cinco clérigos durante a ditadura militar argentina) (OEA, 2008). Nesses dois precedentes, a Corte, invocando a Opinião Consultiva n 5/85 e o artigo 13.2, da CADH, entendeu que a liberdade de expressão deve ser garantida, destacando a estreita relação existente entre a democracia e a liberdade de expressão.

A proteção de discursos que revelem casos envolvendo agentes públicos também é defendida por Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2008, p. 115), ao afirmar que as “*personas públicas e notórias, em qualquer campo de atuação, têm mais limitados seus direitos da personalidade, diante da atividade de imprensa, sem que haja sua completa anulação, preservada a finalidade institucional da informação*”.

Outro ponto a ser destacado, ainda na análise do artigo 13, item 2, da CADH, é a questão da responsabilização criminal do discurso. A jurisprudência da Corte Americana de Direitos Humanos é contra a responsabilização criminal do excesso do uso da palavra, devendo tais questões ser resolvidas no âmbito da responsabilização civil e no direito de resposta. A preocupação tem sentido, pois a criminalização da liberdade de expressão

pode gerar o pernicioso efeito da autocensura, no qual os indivíduos e a mídia vão preferir o não uso da liberdade de expressão a arriscar-se a sofrer um processo punitivo (BENTO, p. 99). No Caso Canese vs. Paraguai, já mencionado acima, a Corte entendeu que a responsabilização criminal é adequada ao objetivo de proteção da honra de um indivíduo perante o abuso no exercício de outro direito, mas que, no caso em exame, a aplicação de uma sanção criminal não era necessária, pois a responsabilidade civil se mostrava como opção bem menos restritiva à liberdade de expressão (OEA, 2004).

Logo, para que não haja uma excessiva responsabilização – penal e civil – a CADH entende que o direito penal somente deve ser utilizado em casos de danos graves e irreparáveis a direitos individuais ou a ordem pública, como nos casos de pornografia infantil ou de apologia ao ódio que constitua incitação à violência (OEA, 2009, p. 21).

Na contramão do que determina a Corte Americana, no direito penal brasileiro, além da responsabilização civil, a honra objetiva está protegida pelos tipos penais calúnia (art. 138) e difamação (art. 139); já a honra subjetiva, pelo tipo penal da injúria (art. 140); há, outrossim, o crime de desacato (art. 331, do Código Penal), quando a ofensa atinge funcionário público no exercício da função ou em razão dela.

Prosseguindo a análise do artigo 13, da CADH, no seu item 4, há previsão expressa que autoriza a lei do país signatário da Convenção a submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência. Cabe asseverar, de plano, que tal dispositivo disciplina um limite mais expressivo da liberdade de expressão visando a defesa dos direitos da criança e do adolescente, possibilitando inclusive a censura prévia, desde que esta ocorra com previsão legal. No Brasil, essa limitação está prevista nos artigos 74 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90):

“Art. 74. O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”.

Parágrafo único. Os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação”.

Verifica-se, portanto, que o artigo 13, item 4, da CADH não limita totalmente a liberdade de expressão aos espetáculos públicos; tão somente exige-se faixa etária para o acesso ao espetáculo público, como já ocorre, no Brasil, na veiculação de filmes nos cinemas e salas de teatro. E tal controle etário pode e deve ser feito previamente, não havendo que se falar em cerceamento da liberdade de expressão.

Vale destacar, nesse contexto, o caso *Olmedo Bustos e outros c. Chile*, em que se analisou a proibição, pelo governo chileno, da exibição do filme *a Última Tentação de Cristo*. A Corte entendeu que o artigo 13 da CADH não protege tão somente a

liberdade individual de expressar-se de cada um, mas também o de buscar, receber e difundir informações e ideias de todos os tipos (BENTO, 2016, p. 97). Nesse caso específico, o governo Chileno foi condenado a modificar seu ordenamento jurídico, no sentido de suprimir a censura prévia, possibilitando a veiculação do aludido filme (OEA, 2001).

Outro limite à liberdade de expressão está disciplinado no artigo, 13, item 5, do mesmo Estatuto normativo, que prevê a restrição dessa garantia fundamental quando houver propaganda de guerra ou apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento a discriminação, a hostilidade, ao crime ou a violência. Em suma, o discurso de ódio pode ser objeto de limitação, desde que previsto em lei interna do País signatário.

Deve haver muita cautela na aplicação desse dispositivo, sob pena de caracterizar censura e ferir de morte a liberdade de expressão. Nesse contexto, deve prevalecer, de regra, o princípio da neutralidade da regulação, qual seja, a não interferência estatal no discurso alheio, salvo se o uso da palavra representar perigo para outras pessoas. O parâmetro, para afastar tal manifestação ilícita da liberdade de expressão, deve ser o seguinte: a) representar claro sentimento de ódio, de aversão absoluta calcada em sentimentos de raiva; b) estar bem clara a defesa da expressão do ódio; c) produzir, com o discurso um incitamento à ação, quer de discriminar, quer de praticar a violência (ONU, 2012, p. 11-12).

Quer-se dizer, em outras palavras, que a CADH tem a presunção de cobertura, *ab initio*, de todos os tipos de manifestação do pensamento, incluídos os discursos ofensivos, chocantes ou perturbadores ao poder público, baseado justamente no princípio da neutralidade, mencionado acima, para que se garanta que, em princípio, não existam pessoas, grupos, ideias ou meios de expressão excluídos, *a priori*, do debate público. Nesse sentido, existe especial importância de se garantir a liberdade de expressão no que se refere às opiniões minoritárias, incluindo aquelas que ofendem, resultam chocantes ou perturbem a maioria (OEA, 1994). Excepcionalmente, o discurso ofensivo deve ser afastado, com base no artigo 13, item 5, quando estiver dentro dos parâmetros supra-mencionados.

Finalmente, o artigo 13, item 3, mais voltado à liberdade de imprensa, disciplina que “não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões”. Qualquer tentativa de cercear o trabalho da imprensa acarreta em censura.

5. DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE OS LIMITES LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O Supremo Tribunal Federal, nas ocasiões em que se reuniu para discutir o alcance da liberdade de expressão, tomou, como regra, uma posição mais protetiva a essa garantia constitucional. E não poderia ser diferente, pois a nossa Constituição Federal, democrática, determina a proteção de tal garantia fundamental (artigos 5º, incisos IV, IX e XIV e 220 a 224). Vale mencionar alguns importantes precedentes nesse sentido.

O pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130-7, entendeu que a lei de imprensa (lei nº 5.250/67), regulamentada em pleno regime de exceção (ditadura militar) e que tinha regras restritivas à atuação da mídia, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. O então ministro Carlos Ayres Brito, relator da referida ação, afirmou que “a liberdade de imprensa é irmã siamesa da democracia. Elas caminham juntas. Uma se alimenta da outra, uma é servente da outra”. (BRASIL, STF, 2010)

Na mesma toada, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, o STF afirmou a constitucionalidade das manifestações em prol da legalização da maconha, tendo em vista o direito de reunião e o direito à livre expressão de pensamento, proibindo apenas o consumo da droga nas manifestações (BRASIL, STF, 2014).

No mesmo sentido, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.451, relator ministro Ayres Britto, o STF entendeu que programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de imprensa, sinônimo perfeito de informação jornalística (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa (BRASIL, STF, 2012).

Por outro giro, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 511.961, relator ministro Gilmar Mendes, o STF entendeu que a exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista viola a liberdade de pensamento e de expressão, declarando não recepcionado pela Constituição Federal de 1988 o art. 4º, inciso V, do decreto-lei nº 972, de 1969 (BRASIL, STF, 2009). Na mesma linha de raciocínio, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 414.426/SC, Relatora Ministra Ellen Gracie, fixou o entendimento de que a profissão de músico prescinde de controle da Ordem dos Músicos do Brasil, sendo desnecessária a inscrição nesse órgão fiscalização para exercício da atividade artística (BRASIL, STF, 2011). Vale ressaltar que nesses dois julgados, a Corte Constitucional brasileira entendeu que nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. Para Corte Constitucional brasileira, a atividade de músico e de jornalista prescinde de controle, portanto.

Em outro julgamento importante, analisando o sigilo da fonte jornalística, o STF, ao julgar a Reclamação nº 21.504, o relator ministro Celso de Mello foi incisivo ao esclarecer que a prerrogativa do jornalista de preservar o sigilo da fonte (e de não sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, em razão da prática legítima dessa franquia outorgada pela própria Constituição da República), oponível, por isso mesmo, a qualquer pessoa, inclusive aos agentes, autoridades e órgãos do Estado, qualifica-se como verdadeira garantia institucional destinada a assegurar o exercício do direito fundamental de livremente buscar e transmitir informações. (BRASIL, STF, 2016)

Outro julgamento histórico do STF foi o da ADI nº 4.815, relatora ministra Cármen Lúcia, no qual a Corte declarou inexistente o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes), citando, inclusive, no voto da relatora, o artigo 13, da CADH, de proibição de censura prévia a qualquer exercício do direito à liberdade de expressão (BRASIL, STF, 2016).

Recentemente, em janeiro de 2020, o Ministro Dias Toffoli, presidente do Supremo Tribunal Federal, no recesso judiciário, ao analisar a Reclamação nº 38.782, suspendeu decisão judicial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que havia determinado a suspensão da exibição do vídeo especial de Natal da produtora Porta dos Fundos, na plataforma de *streaming* Netflix. Pontuou o ministro que “a democracia somente se firma e progride em um ambiente em que diferentes convicções e visões de mundo possam ser expostas, defendidas e confrontadas umas com as outras, em um debate rico, plural e resolutivo”. (BRASIL, STF, 2020)

Em caráter excepcional, houve casos em que o Supremo Tribunal Federal limitou a liberdade de expressão. Talvez o mais emblemático deles seja o denominado “Caso Ellwanger”, Habeas Corpus nº 82.424, relator ministro Moreira Alves e redator do acórdão ministro Maurício Corrêa, no qual a Suprema Corte brasileira determinou a proibição do livro “Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século”, sob a justificativa de que o preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. (BRASIL, STF, 2003)

No mesmo diapasão, de forma excepcional, o ministro decano Celso de Mello, em voto proferido no julgamento do Agravo Regimental no Inquérito nº 4.435, sessão de 14/3/2019, deixou clara a possibilidade de limitação da liberdade de expressão, pelo fato desta garantia não ser absoluta. Vale transcrever trecho desse voto em que o referido ministro analisa o discurso do ódio (*hate speech*):

“Ninguém tem o direito de atassalhar a honra alheia, nem de proferir doestos (sic) ou de vilipendiar o patrimônio moral de quem quer que seja! A liberdade de palavra, expressão relevante do direito à livre manifestação do pensamento, não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações que, fundadas no texto da própria Constituição da República (art. 5º, V e X, c/c o art. 220, § 1º, “in fine”) e em cláusulas inscritas em estatutos internacionais a que o Brasil aderiu (Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos), deslegitimam o discurso insultuoso, moralmente ofensivo ou impregnado de ódio! O abuso da liberdade de expressão constitui perversão moral e jurídica da própria ideia que, no regime democrático, consagra o direito do cidadão ao exercício das prerrogativas fundamentais de criticar, ainda que duramente, e de externar, mesmo que acerbamente e com contundência, suas convicções e sentimentos! Se é inegável que a liberdade constitui um valor essencial à condição humana, não é menos exato que não há virtude nem honra no comportamento daquele que, a pretexto de exercer a cidadania, degrada a prática da liberdade de expressão ao nível primário (e criminoso) do insulto, do abuso da palavra, da ofensa e dos agravos ao patrimônio moral de qualquer pessoa!”. (BRASIL, STF, 2019)

Em outro importante julgamento, ao analisar o pedido de *Habeas Corpus* (HC) nº 141.949, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que o crime de desacato a um militar em serviço é compatível com a Constituição e com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), mantendo a condenação de um civil de seis meses de prisão, em regime aberto, por chamar um sargento de “palhaço”. (BRASIL, STF, 2018)

Resta evidente, sob o ponto de vista de nossa mais alta corte de Justiça brasileira, que a liberdade de expressão, de regra, tem um papel muito importante em nosso ordenamento jurídico, já que a sua observância traduz na preservação do Estado Democrático de Direito em que vivemos, havendo apenas restrições excepcionais a tal garantia quando atinge outros direitos, também protegidos constitucionalmente, como o direito à honra e à dignidade da pessoa atacados nos discursos de ódio.

6. NOTÍCIAS FRAUDULENTAS (“FAKE NEWS”) E A APLICAÇÃO DO ARTIGO 13, ITEM 5, DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Após analisar a importância da liberdade de expressão e os parâmetros jurisprudenciais da Corte Americana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal, cabe agora encaixar todo esse arsenal jurídico no combate à notícia fraudulenta, a denominada “fake news”.

Estabelecer-se um critério ideal para limitação da liberdade de expressão é tarefa muito árdua, haja vista que tal direito fundamental é garantido tanto no Pacto de São José da Costa Rica, quanto na Constituição Federal, conforme já salientado acima. E conforme visto acima, a Corte Americana de Direitos Humanos tem como regra a não

interferência estatal nos discursos privados, conforme artigo 13, item 1 da CADH. Logo, somente de forma excepcional a liberdade de pensamento deve ser limitada, conforme artigo 13, itens 2, 3 e 5, da CADH.

Para tanto, a Corte Americana adota a denominada teoria da “necessária ponderação”, a qual se fundamenta na análise do caso concreto, com a tarefa consistente em sopesar a liberdade de expressão com outros direitos atingidos (geralmente os direitos de personalidade), é que haverá a resposta de qual direito deve prevalecer, ou seja, se baseia “no bom senso, na interpretação do caso concreto” (MARQUES, 2000, p. 36). Tal teoria foi desenvolvida por Robert Alexy (2008) e é bastante difundida em nossa doutrina e jurisprudência. Neste sentido, para Luiz Roberto Barroso (2004, p. 35-36), Álvaro Rodrigues Junior (2009, p. 183) e Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2008, p. 115), a teoria da “necessária ponderação”, idealizada por Robert Alexy, é a mais adequada ao nosso ordenamento jurídico, haja vista que, no confronto certo entre a liberdade de imprensa e outros direitos, como o de personalidade, deve ser buscada a ponderação do caso concreto, para verificar qual garantia deve ser sacrificada, utilizando-se os seguintes parâmetros:

“a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação, especialmente quando o fato decorra da atuação de órgãos ou entidades públicas, e a preferência por medidas que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Tais parâmetros servem de guia para o intérprete no exame das circunstâncias do caso concreto e permitem certa objetividade nas escolhas”. (BARROSO, 2004, p. 35-36)

De plano, a divulgação de notícia fraudulenta não pode ser amparada pelo ordenamento jurídico, seja do Pacto de São José da Costa Rica, seja da Constituição Federal, por uma questão lógica: não existe veracidade do fato divulgado. E jamais poderia a garantia da liberdade de expressão preservar discursos mentiras, pois estaria servindo de escudo para proteger atos ilícitos. Não se trata aqui de uma apologia à censura, mas de defesa da própria democracia. A notícia fraudulenta não se desenvolve na dialética de liberdade de uma ideia; ao contrário, ela prejudica a informação e, como uma espécie de vírus, afeta a própria democracia, pois com a proliferação desenfreada de “fake news”, não teremos um povo devidamente ciente dos fatos, gerando a desinformação, instaurando o caos social.

Não há como negar o óbvio: o uso das redes sociais para espalhar notícias fraudulentas é algo inadmissível e deve ser encarado como um discurso não protegido pela Convenção Americana de Direitos Humanos e nem pela Constituição Federal, pois o que se visa, com ela, é o caos social: a desinformação. E, utilizada de forma agressiva, em pleitos eleitorais, pode atingir até a própria democracia, pois o povo não informado devidamente, tende a votar de forma equivocada. Logo, a notícia fraudulenta se encai-

xa, ao nosso ver, na limitação prevista no item 5, do artigo 13, da CADH, pois tem o mesmo potencial ofensivo de propaganda de guerra ou de apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento a discriminação, a hostilidade, ao crime ou a violência.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de seu ministro Alexandre de Moraes, então responsável pela condução do Inquérito Policial nº 4.781/DF, chegou a suspender a veiculação de uma revista eletrônica – O Crusoé – sob fundamento de que a reportagem “o amigo do meu amigo” continha “fake news”, decisão que foi posteriormente revogada pelo próprio ministro (CONSULTOR JURÍDICO, 2019, *online*). Note-se que a referida investigação é destinada a apurar a possível existência de notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, o que, se comprovado, extrapolaria a garantia da liberdade de expressão. Sem adentrar no mérito do acerto ou desacerto da aludida decisão proferida por um ministro do STF, pode servir de parâmetro para uma possível jurisprudência do pleno sobre a limitação do discurso mendaz.

Logo, se encaixando nos parâmetros para legitimar a não aplicação do princípio da neutralidade estatal, a notícia fraudulenta deve ser afastada se apresentar perigo para a coletividade, não havendo que se falar em censura.

7. DO COMBATE DAS NOTÍCIAS FRAUDULENTAS (“FAKE NEWS”) SEM ATINGIR DISCURSOS PROTEGIDOS PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Identificada a notícia fraudulenta como um discurso não protegido pela garantia da liberdade de expressão, cabe agora um grande desafio: como diferenciar o que é uma notícia fraudulenta de uma verdadeira. E quem irá fazer esse trabalho de interpretação? Quem sofrerá as consequências? Tal preocupação é importante, para que discursos protegidos pela garantia da liberdade de expressão não sejam limitados, se encaixados, de forma indevida, no contexto das notícias fraudulentas.

Ora, nem tudo que está nas redes sociais e na internet pode se encaixar no conceito de notícia falsa. Para tanto, deve existir a prévia dissimulação no intuito de confundir o receptor da notícia. Para Hunt Allcott & Matthew Gentzkow existe o *fake news* nos “artigos jornalísticos que são intencionalmente e comprovadamente falsos, e que possam enganar seus leitores” (2017, p. 213). Na visão de Edson Tandoc, Zheng Wei Lim e Richard Ling, as notícias falsas são “publicações virais baseadas em relatos fictícios que são feitos para se parecer com reportagens jornalísticas” (2018, p. 138). Assim, a principal característica da notícia falsa é a predisposição em desinformar intencionalmente o receptor da mensagem, fazendo-o pensar que se trata de algo verdadeiro.

Nesse sentido, não se pode incluir no conceito de notícia fraudulenta os sites de humor, cujas notícias, evidentemente falsas, não têm a intenção de enganar seus leitores; visam tão somente fazer piada ou paródia de determinado assunto ou de determinada pessoa pública. Temos, por exemplo, no Brasil, o site “Sensacionalista” o qual já se apresenta como um veículo “isento de verdade”. Outros, na mesma linha de ação: Canal Hipócritas, Porta dos Fundos, Kibe Loko, os quais têm como finalidade o escracho, o riso; jamais a intenção de confundir o receptor da mensagem, desinformando-o. Assim, a lógica é uma só: fazer humor. E se está dentro desse contexto, não se pode configurar o fato noticiado como falso, mesmo que haja ideologia político partidária por trás da piada, pois o que não se pretende é enganar o receptor.

Também não pode ser considerado como notícia falsa a opinião de uma pessoa externada em algum veículo de comunicação ou nas redes sociais, desde que dentro dos limites da liberdade de expressão, conforme já salientado acima, quando da análise do artigo 13, item 1, do Pacto de São José da Costa Rica. Afinal, a opinião de alguém – mesmo contundente contra o governo ou contra uma maioria estabelecida em determinado país – está protegida na Convenção Americana de Direitos Humanos e na Constituição Federal, pois se trata do exercício da liberdade de expressão e ela é transmitida no sentido de criticar ou elogiar determinado fato ocorrido.

Como por exemplo, podemos ter uma pessoa defendendo ou não, via redes sociais ou por intermédio de um veículo de comunicação social, as medidas noticiadas por determinado governo. Numa eventual divergência de opiniões, não há que se falar que uma pessoa está totalmente certa e a outra está certamente errada. Ao contrário. O que se espera é justamente esse pluralismo de ideias, de diferentes opiniões, pois contribuem com a informação, oxigenando a própria democracia. Como bem define Roberto Dias, “*não há democracia sem transparência e o debate de ideias. Não há democracia sem o consenso e o dissenso*” (2010, p. 920).

Portanto, temos um conceito para notícia falsa: é aquela divulgada no intuito de dissimular o leitor, fazendo-o acreditar que seu conteúdo é verdadeiro. Há alguns exemplos de *fake news* que já são corriqueiros no nosso dia-a-dia: divulgação de notícias de que o benefício previdenciário auxílio reclusão é pago a todo e qualquer preso brasileiro, que o Senado Federal acaba de votar o fim do 13º salário, que se houver mais votos nulos que os válidos, as eleições serão canceladas, dentre outros. O denominador comum entre tais notícias é a sua falsidade e a intenção de induzir o leitor em erro, desinformando-o. E é essa manifestação do pensamento que não é protegida pela Convenção Americana de Direitos Humanos e nem pela Constituição Federal.

O problema é que, no intuito de combater esse tipo de discurso mendaz, existem vários projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional brasileiro, no sentido de tornar crime a transmissão de notícias falsas, como o do então senador Ciro Nogueira (PP/PI),

que apresentou o Projeto de lei nº 473/2017, para acrescentar ao Código Penal o artigo 287-A, com a seguinte proposta de redação (BRASIL, SENADO, 2017):

“Divulgação de notícia falsa

Art. 287-A - Divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante.

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Se o agente pratica a conduta prevista no caput valendo-se da internet ou de outro meio que facilite a divulgação da notícia falsa:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 2º A pena aumenta-se de um a dois terços, se o agente divulga a notícia falsa visando a obtenção de vantagem para si ou para outrem.”

Recentemente, na mesma toada criminalizadora, o Congresso Nacional brasileiro aprovou a modificação no Código Eleitoral, incluindo o § 3º, no artigo 326-A, para tipificar como crime de denunciação caluniosa, com finalidade eleitoral, a conduta de divulgar ou propalar, por qualquer meio ou forma, o ato que lhe foi falsamente atribuído, o que resulta na primeira norma legal de combate às ditas notícias fraudulentas. É o denominado crime de “fake news” eleitoral:

“Art. 326-A. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

(...)

§ 3º Incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído. (Incluído pela Lei nº13.834, de 2019)

O grande questionamento sobre a responsabilização criminal do discurso – mesmo que seja para afastar a notícia fraudulenta - tal como agora previsto na conduta típica prevista no artigo 326-A, § 3º, do Código Eleitoral brasileiro, é a sua interpretação. Afinal, o que é a conduta de divulgar ou propalar, por qualquer meio ou forma, ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído, como está redigido esse novo tipo penal brasileiro? No mesmo diapasão, o que seria a conduta de divulgar notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante, conforme prevista no projeto de lei que pretende introduzir o artigo 287-A, no Código Penal brasileiro?

Como visto acima, nem tudo que está nas redes sociais pode ser encarado como notícia fraudulenta. E por mais que a divulgação de “fake news” seja repugnante e não esteja protegida como garantia fundamental, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não aceita que o uso da palavra, mesmo que ofensivo, seja resolvido nas esferas penais da Justiça, mas sim na responsabilização civil e no exercício do direito de resposta, salvo se estiver inserido no discurso, a manifestação do ódio, a qual também é considerada conduta criminosa. No entanto, pela legislação brasileira e pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal, a responsabilização criminal do discurso é possível, conforme o precedente que manteve o crime de desacato como constitucional.

Outra questão sobre a responsabilização criminal do “fake news” é a sua eficácia. Se houver uma ação policial no sentido de reprimir todas as pessoas que divulgam notícias falsas no Brasil, possivelmente a sua grande maioria deverá ser absolvida, por ausência de dolo, conforme explicitado acima quando abordamos o problema da pós-verdade, o “viés de confirmação” e as bolhas sociais que cada usuário da internet se encaixa nas redes sociais.

Tais questões envolvendo notícias fraudulentas devem ser resolvidas no âmbito da responsabilização civil, tal qual prevê o artigo 19 da lei 12.965/2014, mais conhecida como “Marco Civil da Internet”, que prevê, como exceção, a responsabilização dos provedores por danos decorrentes de conteúdos inapropriados:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Caso a notícia fraudulenta seja divulgada por profissionais da imprensa, o rigor deve ser maior, pois o jornalista tem como conduta ética a divulgação de notícias verdadeiras; logo, deveria ser criada alguma norma punindo tais condutas ilegais, como por exemplo, a suspensão temporária do exercício profissional e da página virtual onde foi divulgada a notícia falsa, pois tais comportamentos não encontram guarida na garantia da liberdade de expressão.

Finalmente, se a notícia, além de ser fraudulenta, vier acompanhada de discurso de ódio, ela pode ser afastada previamente, desde que encaixada nos parâmetros do artigo 13, item 5, da CADH e da jurisprudência da sua Corte, não havendo que se falar em censura, pois jamais uma garantia fundamental pode servir de escudo para proteger atos ilícitos, ainda mais um discurso que visa proliferar desinformação e intolerância de qualquer natureza. Nesse contexto, a responsabilização criminal é devida, não havendo divergência entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Americana de Direitos Humanos.

8. CONCLUSÃO

A liberdade de expressão é uma das mais importantes garantias fundamentais do ser humano, pois proporciona a todos a possibilidade de se manifestar e de buscar informações sem que seja perseguido por exercer tal direito. E quanto mais opiniões diferentes tivermos numa determinada comunidade, mais irá crescer a pluralidade de ideias, oxigenando o regime democrático.

Verificou-se que tanto a Constituição Federal, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a Corte Americana de Direitos Humanos têm como regra a preservação de qualquer tipo de discurso, por mais forte que ele seja perante um governo ou uma maioria estabelecida num determinado local.

Como exceção, os discursos que ofendam de forma desarrazoada a honra das pessoas ou que propaguem o ódio, devem ser afastados. Aí surge uma divergência entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Americana de Direitos Humanos: para a corte constitucional brasileira, a responsabilização criminal é admissível no nosso ordenamento jurídico, entendendo constitucional tipos penais que protegem a honra (calúnia, difamação, injúria e desacato). Já a Corte de Direitos Humanos entende que tais questões devem ser resolvidas no âmbito da responsabilidade civil.

Analisando o conceito de notícia fraudulenta (ou “fake news”) e o alcance e limite da liberdade de expressão, chegou-se à conclusão que tais discursos não estão protegidos por tal garantia fundamental, pois não visam o desenvolvimento de uma ideia ou de um novo ponto de vista sobre determinado assunto. Ao contrário, o discurso mendaz confunde, desinforma e ataca a própria concepção de democracia, a qual tem como característica um povo devidamente informado, de forma correta, de todos os acontecimentos de interesse público, discutindo fatos verdadeiros.

O problema a ser enfrentado é como combater a divulgação de notícias fraudulentas. A responsabilização criminal não é o meio mais eficaz pois hoje em dia grande parte das pessoas transmitem as notícias sem checar se a informação é verdadeira ou falsa, o que torna difícil comprovar o dolo. Por outro lado, pode o Brasil ser questionado pela Corte Americana de Direitos Humanos pela responsabilização criminal da manifestação do pensamento.

A melhor saída é a responsabilização civil de quem divulga, de forma intencional, fatos mendazes. E tal solução já se encontra positivada no Brasil com a lei nº 12.965/2014, o denominado “Marco Civil da Internet”, que prevê, dentre outras coisas, de forma excepcional, a responsabilização dos provedores por danos decorrentes de conteúdos inapropriados.

BIBLIOGRAFIA

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. *Journal of Economic Perspectives*, volt. 31, n. 2, p. 211-36, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1257/jep.31.2.211>. Acesso em 22/012/2019.

ALEXANDRE de Moraes revoga decisão que tirou reportagem do ar. CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/alexandre-moraes-revoga-decisao-tirou.pdf>>. Acesso em 02/02/2020.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo* nº 235. Rio de Janeiro, jan./mar. de 2004, p. 1-36.

BENTO, Leonardo Valles. Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão. *Revista de informação legislativa*, v. 53, nº 210, p. 93-115, abr/jun/2016. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/522900>> Acesso em 10/01/2020.

BRANCO, Sérgio. *Fake news e os caminhos para fora da bolha*. Interesse Nacional, São Paulo, ano 10, n. 38 , p. 51-61, ago./out. 2017.

BRASIL, Presidência da República. *Constituição Federal de 1946, 1967, 1988, Leis Complementares e Leis Ordinárias Federais*. Disponível em <<<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso de 10/12/2019 a 31/01/2020.

BUCCI, Eugênio. *Existe democracia sem verdade factual?* Barueri: Estação das letras e cores, 2019.

CERCA de 70% dos brasileiros ativos no Facebook se informam pela rede social. Observatório da imprensa. Disponível em: <<http://observatorioidaimprensa.com.br/e-noticias/cerca-de-70-dos-brasileiros-se-informam-pelo-facebook/>>. Acesso em 14/12/2019.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. *O sigilo da fonte dos profissionais da informação*. Revista Jurídica Consulex. Ano XIII, nº 298, julho de 2009, p. 42-43.

D'ANCONA, Matthew. *Pós-verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news*. [tradução Carlos Szalák], 1ª. Ed. – Barueri: Faro Editorial, 2018.

DIAS, Roberto. A liberdade de imprensa e a responsabilidade civil do Estado. In: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra; Luis Manuel Fonseca Pires; Marcelo Benaccio. (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, v. 1, p. 919-934.

DHNET – *Direitos Humanos na Internet. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, Declaração dos Direitos do Bom Povo de Virgínia e Declaração Universal dos Direitos do Homem, das Nações Unidas, Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist>>. Acesso de 02/12/2019 a 31/01/2020.

FAKE news apela e viralizam mais do que notícias reais, mostra estudo. Folha de S. Paulo, 2018. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/fake-news-apela-e-viralizam-mais-do-que-noticias-reais-mostra-estudo.shtml>> Acesso em 14/01/2020.

FRANCO, Benedito Luiz. *Proteção Constitucional do Sigilo da Fonte na Comunicação Jornalística*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos de personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HORTA, Ricardo de Lins e & COSTA, Alexandre Araújo. *Vieses na decisão judicial e desenho institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade*. Cadernos Adenauer XVIII, 2017, nº 1. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=46b87cc1-e2e1-8e81-0473-8c391fadb3a4&groupId=265553. Acesso em 09/07/2019.

MAGRANI, Eduardo. *Democracia Conectada – A Internet como Ferramenta de Engajamento Político-Democrático*. Curitiba: Juruá, 2014.

MARQUES, Maria Tereza. *Direito a informação – direito fundamental: base para democracia*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, n. 28, p. 29-42, abr./jul. 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Liberdade de imprensa e democracia*. Folha de São Paulo, p. A3, 21/09/2009, Caderno Brasil.

NICKERSON, Raymond S. Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises. *Review of General Psychology*, vol. 2, nº 2, 1998, p. 175-220.

OPPTIZ, Daniela Gomes. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos humanos sobre o confronto entre a liberdade de expressão e o direito à honra. *Revista da AJURIS* – Porto Alegre, v. 44, n. 142, Junho, 2017, p. 73-105. Disponível em: < <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/671>>. Acesso em 15/12/2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#CAPITULO%20V:%C2%A0>>. Acesso em 09/01/2020.

PRESIDENTE clonado? Eleições na Nigéria mostram que não há limites para notícias falsas. Agência Lupa, 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2019/02/18/artigo-epoca-nigeria/>. Acesso em 29/06/2019.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle*. Curitiba: Juruá, 2009.

SPINELLI, Egle Müller & SANTOS, Jéssica de Almeida. Jornalismo na era da pós verdade: fact-checking como ferramenta de combate às fake news. *Revista Observatório*, Palmas, v. 4, n. 3, p. 759-782, maio. 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/324833022_JORNALISMO_NA_ERA_DA_POS-VERDADE_fact-checking_como_ferramenta_de_combate_as_fake_news. Acesso em 01/07/2019.

TANDOC JR., Edson C.; LIM, Zheng Wei; LING, Richard. Defining ‘Fake News’ - A typology of scholarly definitions. *Digital Journalism*, vol. 6, n. 2, p. 137-153. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/21670811.2017.1360143>. Acesso em 19/12/2019.

WORD of the year 2016 is. OXFORD DICTIONARY. Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>. Acesso em 02/04/2019.

ZARZALEJOS, José Antonio. Comunicação, jornalismo e fact-checking. *Revista Uno* nº 27. Março de 2017. Disponível em: <https://www.revista-uno.com.br/numero-27/>. Acesso em 08/07/2019.

SOCIEDADE EM REDE E VIOLÊNCIA DE GÊNERO: OS LIMITES JURÍDICOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CASO “GABI CATUZZO”

Patrícia Tuma Martins Bertolin

Artenira da Silva E Silva

Manoel Júnior Ferreira Veloso

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto a violência de gênero e o discurso de ódio no âmbito da sociedade em rede de Manuel Castells tendo como objetivo avaliar os limites jurídicos da liberdade de expressão, a partir do caso de violência de gênero sofrido pela youtuber Gabi Catuzzo em 2019. Como procedimento metodológico adotado optou-se pelo estudo de caso, avaliando-se qualitativamente através da análise de conteúdo do material analisado.

PALAVRAS-CHAVE: Violência de gênero. Discurso de ódio. Sociedade em rede. Liberdade de expressão.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Definições em violência de gênero; 3. Liberdade de expressão e discurso de ódio; 4. Sociedade em rede e o discurso de ódio; 4.1 Facetas da violência de gênero e responsabilização dos agentes virtuais; 4.1.1 Pornografia de revanche; 4.1.2 Cyberbullying; 5. O caso “Gabi Catuzzo”; 6. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A interconexão mundial de ideias e a pluralidade de indivíduos é uma marca da sociedade contemporânea. Daí advém, impreterivelmente, a multiplicidade de entendimentos, fazendo exsurgir a liberdade de expressão. Entretanto, nesse contexto de sociedade em rede, se as mídias sociais são espaço de propagação de opiniões, também podem servir de meio para disseminação de manifestações de ódio, fazendo emergir a necessidade de manejo desse direito em respeito ao Estado Democrático de Direito.

Desse comportamento odiento também depreendemos as nuances machistas, marcas (ainda) intrínsecas da sociedade atual, o que torna preocupante a questão da violência de gênero, presente nos discursos de ódio reproduzidos no contexto digital. Assim, o presente trabalho objetiva analisar as implicações da violência contra as mulheres em meio à sociedade em rede, veiculada, principalmente, por meio de discursos de ódio, através da análise do caso “Gabi Catuzzo”, ocorrido em junho de 2019.

2. DEFINIÇÕES EM VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A relação entre famílias e o patriarcado remete à origem do termo “família”, oriundo do latim *famulus*, que significa “escravo doméstico” (FERREIRA, 1986, p. 755). Esse novo conceito de união de indivíduos se consolidou como instituição na Roma Antiga: para os romanos, a família era base de sua organização social. Ou seja, *família* não designava somente os membros daquele núcleo, mas, também, suas propriedades (casa, escravos e animais) (SAMPAIO; VENTURINI, 2007). O homem (*pater familiae*), então, era o centro da família romana.

Elódia Xavier (1998) discorre sobre a autoridade do *pater* na Roma antiga:

O patriarca tinha sob seu poder a mulher, os filhos, os escravos e os vassalos, além do direito de vida e de morte sobre todos eles. A autoridade do *pater familiae* sobre os filhos prevalecia até mesmo sobre a autoridade do Estado e duraria até a morte do patriarca, que poderia, inclusive, transformar seu filho em escravo e vendê-lo.

O patriarcado não significa o poder do pai, somente. Mas sim o poder masculino, centrado na figura do homem. Segundo Joan Scott (1995):

O patriarcado é uma forma de organização social onde suas relações são regidas por dois princípios basilares: as mulheres são hierarquicamente subordinadas aos homens, e os jovens estão subordinados hierarquicamente aos homens mais velhos, patriarcas da comunidade.

Por sua vez, o gênero é diferente de sexo (GOUVEIA; CAMURÇA, 1995)⁹⁷⁴. Nesse caso, sexo está relacionado à biologia; e gênero, às diferenças masculinas e femininas pautadas nas diferenças histórico-sociais entre os indivíduos.

Nesse esteio, as mulheres estão subjugadas e inferiorizadas por essa sociedade construída sobre uma relação desigual de poder entre os gêneros. Desta desigualdade, inclusive, perpetram-se atos violentos. De acordo com Saffioti e Almeida (1995), *violência de gênero* é um conceito mais amplo que o de *violência contra a mulher* e abrange não apenas esta:

Violência de gênero, por sua vez, produz-se e reproduz-se nas relações de poder onde se entrelaçam as categorias de gênero, classe, raça/etnia. Expressa uma forma particular da violência global mediatizada pela ordem patriarcal que dá aos homens o direito de dominar e controlar suas mulheres, podendo, para isso, usar a violência.

Dentro dessa ótica, a ordem patriarcal é vista como um fator preponderante na produção da violência de gênero, uma vez que está na base das representações de gênero

974 “Quando falamos em sexo estamos nos referindo aos aspectos físicos, biológicos de macho e fêmea, aquelas diferenças que estão nos nossos corpos e que não mudam radicalmente, apenas se desenvolvem de acordo com as etapas das nossas vidas. Sabemos que, desde que o mundo é mundo, as mulheres têm vagina e os homens têm pênis, e sabemos que depois de certa idade, as mulheres começam a menstruar e os homens a ter ejaculação; que somente depois de certa idade as mulheres e os homens começam a ter pelos, e que estes pelos se distribuem de modo diferente nos corpos de cada um. Sabemos ainda que a gravidez só acontece no corpo da mulher. Todas essas coisas são determinadas pelo sexo. Outra coisa que pode nos esclarecer sobre a diferença entre sexo e gênero é que os animais também são machos ou fêmeas, mas eles não são homens ou mulheres, masculino ou feminino. Os animais não têm gênero” (GOUVEIA; CAMURÇA, 1995, p. 12-13).

que legitimam a dominação masculina. E essa dominação se utiliza de diferentes meios para se perpetrar – como as instituições, relações de afeto e relações de trabalho. E se dão em formas inesgotáveis: agressões físicas, agressões verbais, tortura psicológica, discursos de ódio; este último, objeto específico da análise.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO

A liberdade de expressão é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, estando normatizada em tratados internacionais, normas constitucionais e disposições legais.

No âmbito internacional, o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), ambos ancorados em liberdades individuais, privilegiando a autodeterminação dos povos e o livre pensamento.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos, Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, está resguardada a proteção à honra e à dignidade:

Art. 11.

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Além disso, embora seja garantida a liberdade de expressão, em seu artigo 13, ela é claramente limitada, no que diz respeito à qualquer incitação à violência, à intolerância ou à discriminação: “A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.” (ONU, 1969, art. 13, item 5).

Na órbita constitucional, o direito à liberdade de expressão é tratado como garantia da autonomia dos particulares, enquanto independência do indivíduo perante a sociedade. O direito à livre expressão ocupa posição de direito fundamental, ao lado de outros direitos intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O texto constitucional consagra a garantia de que todo cidadão pode usar e dispor livremente de suas convicções, crença e sentimentos, conforme o que dispõe o artigo 5º, IV (“é livre a manifestação do pensamento”), V (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, mora ou à imagem”) e IX (“é livre a expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”). Quanto à liberdade de expres-

são da comunicação social, o art. 220 da CRFB/88 aduz que “a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observando o disposto nesta Constituição”. Reafirma, ainda, a proibição de embaraços à plena liberdade de informação pelos veículos de comunicação quando veda todo e qualquer tipo de censura.

Com efeito, a livre expressão é compreendida a partir da premissa de que as diferentes formas de pensamento devem ser expostas ao mesmo passo em que a contra argumentação é incentivada, possibilitando a formação de uma convicção própria de qualidade diante das variadas formas de enxergar a sociedade (LIMA, 2016). Assim, as ideias de tolerância e respeito estão intimamente ligadas à própria construção desse direito.

A doutrina é categórica: a liberdade de expressão é tida como liberdade primária, visto que as demais liberdades são consequências. Nesse sentido, Olsen Henrique Bocchi (2010) salienta que:

O ser humano somente existe porque pensa e só pensa para poder exteriorizar seu pensamento. Um homem que não pode pensar é inumano e se, mesmo que pensa não pode exteriorizar seu pensamento, este não é livre. Sem, portanto, a garantia ao cidadão à sua liberdade de pensamento equivale, sob o enfoque da ética, a condená-lo à condição de inumanidade.

Entretanto, ainda que seja uma liberdade primária e sua proteção seja a tônica constitucional, indispensável compreendê-lo como direito fundamental passível de conflitos com outros direitos na ordem constitucional. Ou seja, a liberdade de expressão não se sobrepõe a outros direitos que com ela conflitem. Por exemplo, mensagens que reforçam preconceitos e incitam à violência colidem frontalmente com o fundamento desse direito. Com efeito, pode-se concluir que não há proteção constitucional que abarque os discursos de ódio.

Há uma dificuldade em conceituar discurso de ódio. Isso se deve ao fato de que pode ser veiculado em diversos formatos, como vídeos, fotos, documentários, programas de televisão e internet. Tal manifestação pode, ainda, ser praticada em diferentes ambientes, como na política, no ambiente escolar, na vida profissional e, até mesmo, em contexto familiar/doméstico.

A fim de ilustrar o discurso de ódio sob a ótica da incompatibilidade com os princípios e objetivos republicanos, Luiza Bolzan e Rosane Leal da Silva (2012) afirmam:

[...]o discurso de ódio se configura como tal por ultrapassar o limite do direito à liberdade de expressão, incitando a violência, desqualificando a pessoa que não detém as mesmas características ou que não comunga das mesmas ideias, e ao eleger o destinatário como “inimigo comum” incita a violência e seu extermínio, o que fere frontalmente o valor que serve de sustentáculo para o Estado democrático de direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana[...]

No mesmo esteio, Mariana Jantsch de Souza (2014):

Os discursos que materializam intolerâncias, discriminações e ódios em circulação social inserem-se num movimento sócio-histórico no qual a relação com outro é tomada como relação de antagonismo e não como uma relação de interlocução. O contato com outro instaura-se pelo viés do confronto e disso resulta a aversão à diferença, materializada em práticas discursivas que produzem efeitos de hostilização e ódio. Por isso, nesse discurso, o outro surge como alvo e não como interlocutor[...]. É um transbordar da liberdade; é exceder os seus limites e entrar na zona da ofensa, da violência contra o outro.

Cabe destacar na descrição supra a publicidade (e alcance) do discurso de ódio, visto que o seu conteúdo discriminatório está fundado na dicotomia da superioridade do emissor e na inferioridade do atingido (SILVA, 2011).

Winfried Brugger (2007) assevera que:

[...]o discurso de ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação.

Com efeito, o discurso de ódio é dirigido a um grupo ou classe de pessoas, de modo que as mensagens hostis não configuram uma agressão somente uma pessoa específica, mas sim a uma coletividade que comunga de características comuns. O nascedouro do discurso de ódio pode ser uma situação ímpar, direcionado a uma pessoa específica; mas as mensagens superam o destinatário original, passando a ser dirigidas às características naquela pessoa que se cristalizam em uma coletividade específica. Quando feito em meio virtual, tendo em vista a interconexão/ultraconexão entre os atores virtuais, o discurso de ódio torna-se incontrollável e de alcance imensurável. Mais: favorece o encontro entre internautas de ideologias similares, acarretando em um incremento exponencial na envergadura da manifestação odienta. Sob a tônica da liberdade de expressão, esses discursos tentam correr à mercê de qualquer responsabilização. Entretanto é preciso reconhecer que esses discursos são embaixadas pela própria Carta Magna. Ainda que a Constituição de 1988 assevere que a liberdade de expressão independe de censura, essa mesma liberdade não possui caráter absoluto. Independente do modo em que se manifestam os discursos, quando o intuito é a agressão e a incitação ao ódio, não há guarida constitucional. Para Anderson Schreiber (2013, p. 282-298):

Por mais que se considere, portanto, a diferença como elemento essencial da própria concretização da liberdade de expressão e formação do Estado Democrático, sempre que esta for veiculada publicamente no intuito de exprimir de forma violenta as convicções do interlocutor e tangenciar a própria noção genérica do preconceito, estar-se-á diante de um hate speech.

Facilmente compreensível, portanto, a gravidade do discurso de ódio propagado pela internet, de que o caso em análise constitui um excelente exemplo.

4. SOCIEDADE EM REDE E O DISCURSO DE ÓDIO

O uso da internet e das redes sociais está atrelado ao dia-a-dia da contemporaneidade. Nesse contexto, Manuel Castells⁹⁷⁵ criou o conceito de “sociedade em rede”, caracterizada por essa sociedade firmada em dimensão virtual, impulsionada pelas novas tecnologias que transcendem o tempo e o espaço. Ainda, o autor notabiliza que, quando se fala de revolução da informação como revolução da tecnologia:

[...] diferencia-se das revoluções tecnológicas que a precedem. Enquanto a informação e o conhecimento foram sempre, por definição, elementos essenciais em alguns processos do descobrimento científico e da mudança técnica, este é o primeiro momento da história no qual o novo conhecimento é aplicado principalmente aos processos de geração e ao processamento do conhecimento e da informação (CASTELLS, 1996, p. 11).

Nesse sentido, a ação isolada dentro da sociedade em rede parece irreal. A ultra-conectividade dos indivíduos e a replicação de ideias e interações suplanta a ideia de uma ação apartada de todo o contexto da rede digital. Como pontua Lévy (2010), “os pesquisadores e estudantes do mundo inteiro trocam ideias, artigos, imagens, experiências ou observações em conferências eletrônicas organizadas de acordo com interesses específicos”. O espaço contíguo de trocas de informações e experiências de modo instantâneo e sem barreiras é a tônica do ambiente virtual. Há que se pontuar que a sociedade em rede não é irreal apenas por ser virtual. É uma extensão do espaço, onde a sociedade interage e se relaciona. Nela, é possível encontrar um conjunto de elementos conexos/conectados entre si, que têm adquirido uma dimensão que ultrapassa o espaço convencional/físico, introduzindo, então, o espaço virtual/ciberespaço.

Assim, essa conjectura é potencializada pela informação. Entretanto não é possível qualificar o impacto das tecnologias no mundo sem levar em consideração a forma em que ela é usada pela sociedade. A internet é técnica/instrumento; e seu uso é que define a qualidade do seu impacto – se positivo ou negativo. Lévy (2010) corrobora essa interpretação:

Sempre ambivalentes, as técnicas projetam no mundo material nossas emoções, invenções e projetos. Os instrumentos que construímos nos dão poderes mas, coletivamente responsáveis, a escolha está em nossas mãos.

Quando a internet é utilizada para a propagação de discursos de ódio, sua faceta negativa se cristaliza. Essa faceta, inclusive, pode ser utilizada para perpetrar violência de gênero.

975 “Embora a forma de organização social em redes tenha existido em outros tempos e espaços o novo paradigma da tecnologia da informação fornece a base material para sua expansão penetrante em toda a estrutura social. Além disso, eu afirmaria que essa lógica de redes gera uma determinação social em nível mais alto que a dos interesses sociais específicos expressos por meio das redes: o poder dos fluxos é mais importante que os fluxos do poder. A presença na rede ou a ausência dela e a dinâmica de cada rede em relação às outras são fontes cruciais de dominação e transformação de nossa sociedade: uma sociedade que, portanto, podemos apropriadamente chamar de sociedade em rede, caracterizada pela primazia da morfologia social sobre a ação social.” (CASTELLS, 2005. p. 565).

4.1 FACETAS DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO E RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES VIRTUAIS

A violência de gênero virtual não se diferencia daquela vivida fora das telas. Os espaços virtuais reproduzem discriminações construídas diuturnamente, usando a internet como instrumento de perpetração do ódio. Assim, os autores/atores desses discursos se valem do ambiente virtual para destilarem ódio contra comunidades. No caso da violência de gênero, para reafirmar diferenças entre homens e mulheres e a suposta superioridade dos primeiros. Por ser um espaço ainda em exploração, o mundo virtual permanece estranho ao Direito e, conseqüentemente, ao Poder Judiciário. Nesse sentido, a responsabilização penal tem esbarrado em lacunas jurídicas e desconhecimento técnico dos operadores do Direito. A impunidade se cristaliza nessa dificuldade do aparato jurídico/judicial em reconhecer as diferentes formas de violência. Algumas dessas formas têm chamado a atenção pelo número crescente de casos relatados, tanto online quanto em delegacias e tribunais, como a pornografia de revanche e o *cyberbullying*.

4.1.1 PORNOGRAFIA DE REVANCHE

O termo pornografia de revanche ou vingança pornográfica tem origem na expressão de língua inglesa *revenge porn*. Trata-se de uma nova forma de violência que se utiliza da sociedade em rede para expor a intimidade de vítimas, a fim de destruir sua imagem e honra perante a sociedade. Na concepção de Louzada e Rocha (2016), a expressão consiste na “prática de expor intimidade, principalmente, de jovens mulheres por seus parceiros ou ex-parceiros, como forma de ridicularizá-las, ou vingar-se por algo cometido por elas, principalmente pelo término de um relacionamento amoroso”.

Há uma discussão sobre o uso dessa expressão. A Organização Internacional “End Reveng Porn” adota a terminologia “pornografia não consensual”, uma vez que enquadra todos os tipos de pornografia e caracteriza a distribuição de imagens e vídeos sexuais de indivíduos sem o seu consentimento. (GIONGO, 2015)

Para a promotora Maria Gabriela Manssur (2017), o uso da expressão “pornografia de revanche” intensifica a culpa da mulher:

Atente-se que para além da “revanche” praticada pelo sujeito em face de outro, sobretudo, da mulher, o conceito guarda um importante aspecto envolto ao comportamento da vítima, que teria cedido o material anteriormente, tal como se o exercício de sua liberdade sexual fosse à causa primária da pornografia intentada.

Ainda sobre isso, o *site* Compromisso e atitude Lei Maria da Penha⁹⁷⁶ ressalta que:

976 Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/crimes-de-cyber-vinganca-demandam-respostas-do-sistema-de-justica-e-acoas-de-prevencao/>. Acesso em: 22 jul. 2019.

O próprio uso da palavra “vingança” para designar essa conduta é sinal da discriminação contra as mulheres, uma vez que a ‘vingança’ não existiria, ou ao menos seria atenuada, se normas rígidas e tradicionais construídas em relação às mulheres não autorizassem o julgamento e a ‘punição’ da vítima.

Como forma de tratar do assunto com uma denominação mais acertada e que não culpabilize a vítima, Vitória de Macedo Buzzi (2015) aborda esse novo gênero de violência como “pornografia não consensual” ou “estupro virtual”, dando ênfase ao não consentimento do ato praticado. Já Rogério Sanches (2017, p. 191) caracteriza em sua obra a pornografia de revanche como crime de injúria:

[...] a divulgação de imagens íntimas na linha da revenge porn é sem dúvida ofensiva à dignidade e ao decoro, além de ser feita não somente com a intenção de expor e constranger, mas também com a de transmitir a mensagem de que a vítima é desonrada porque deixou-se fotografar ou filmar em posições eróticas.

A legislação brasileira, *ab initio*, permite o enquadramento do crime de pornografia não consensual sob a ótica criminal e da responsabilidade civil com os danos morais. Nesta última esfera, além dos crimes contra a honra – injúria, calúnia e difamação –, as mulheres adultas vítimas, se sofrerem violência psicológica e danos morais no âmbito doméstico ou familiar, encontravam amparo no art. 5º da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)⁹⁷⁷, e as menores de idade no ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio do arts. 241- A e seguintes⁹⁷⁸, que versam sobre os crimes sexuais e pornografia envolvendo menores.

977 **Lei nº 11.340/2006 Art. 5º** Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

978 **ECA Art. 241-A.** Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo; II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo. § 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo.

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo. § 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por: I – agente público no exercício de suas funções; II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo; III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário. § 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido.

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.

Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com

A Lei Maria da Penha, por seu turno, define em seu art. 7º a violência psicológica como sendo toda e qualquer conduta que cause dano emocional ou prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação da mulher; diminuição, prejuízo ou perturbação ao seu pleno desenvolvimento; que tenha o objetivo de degradá-la ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição, insulto, chantagem, ridicularização, exploração, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio. Logo, a divulgação de fotos e/ou vídeos íntimos sem o consentimento da vítima por um ex-companheiro pode ser interpretada e julgada conforme essa legislação. Além do mais, o compartilhamento pode ser acompanhado de ameaças à vítima e, até mesmo, por chantagem e extorsão, em um ciclo de violência múltipla. Em alguns casos, os agressores podem ser processados, também, como crime de ameaça, conforme o art. 147 do Código Penal, quando o parceiro, por exemplo, intimida a vítima com a exposição de sua intimidade, caso ela termine o relacionamento.

Ciente dessa realidade e da necessidade de explorar e compreender o que acontece no mundo virtual, o Poder Legislativo tem se movido no sentido de regular esse espaço a fim de identificar autores de condutas criminosas. Nesse sentido, foi sancionada a “Lei Carolina Dieckmann” (Lei nº 12.737/2012), aprovada após o caso da atriz que intitula a lei. A atriz Carolina Dieckmann teve seus dados acessados por *hackers* por meio de e-mail infectado. Através das investigações ficou comprovado que hackers do interior de Minas Gerais e de São Paulo foram responsáveis pelo ato. A atriz foi chantageada pelos criminosos que exigiram o pagamento de R\$ 10 mil para que as fotos não fossem divulgadas nas redes sociais (MENDES, 2012). Em virtude da inexistência de regulação específica para crimes de informática, os envolvidos foram indiciados por furto, extorsão qualificada e difamação.

Com a repercussão do caso, foi criada a Lei nº 12.737/2012, que incluiu no Código Penal os arts. 154-A e 154-B⁹⁷⁹ tipificando uma série de infrações praticadas

ela praticar ato libidinoso. Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem: I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso; II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.

- 979 Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

no meio digital e prevê a reclusão de 8 meses a 3 anos e 4 meses para quem divulgar conteúdo roubado de dispositivo informático.

O *revenge porn* ganhou destaque também no texto do Marco Civil da Internet, de abril de 2014, nesse avanço legislativo de regulação do ambiente virtual. Visando a retirada de material não permitido de forma célere e diminuir o impacto da divulgação em massa, a Lei nº 12.965/2014 estabeleceu em seu art. 21 que os provedores de internet que não retirarem do ar o material após notificação extrajudicial poderão responder pelos danos causados à vítima:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Entretanto o ordenamento brasileiro ainda não havia tipificado especificamente a divulgação de conteúdo erótico íntimo sem o consentimento da vítima de forma mais precisa. Esse avanço legislativo se concretizou em setembro de 2018, com a edição da Lei nº 13.718, que incluiu, entre outros⁹⁸⁰, o art. 218-C ao Código Penal:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, **ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:**

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Aumento de pena

§ 1º **A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.** (grifo nosso)

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

980 A lei inseriu no CP (além do art. 218-C) o art. 215-A, que tipifica a importunação sexual; o § 5º no art. 217-A para tornar expresso na lei o fato de que o consentimento e a experiência sexual do vulnerável são irrelevantes para a caracterização do crime; o inciso IV no art. 226 para aumentar de um a dois terços a pena das formas de estupro coletiva e corretiva.

Destaca-se que o exercício do direito à liberdade sexual da mulher não é a causa direta da pornografia da revanche, mas o julgamento feito por aqueles que têm acesso ao material íntimo. Mais: são julgadas pela sociedade que amordaça o sexo feminino.

4.1.2 CYBERBULLYING

Ab initio é necessário esclarecer o que é *bullying*. Aline Casado (2011) discorre sobre o significado do termo em português:

Não existe tradução em nosso idioma para o termo *bullying*, por referir-se a um conjunto de comportamentos. O *bullying* é definido como sendo um conjunto de comportamentos agressivos, intencionais e repetitivos, adotado por uma ou mais pessoas contra outra(s), sem motivos evidentes, causando dor e sofrimento, e executado dentro de uma relação desigual de poder, o que possibilita a intimidação. Por consenso entre os pesquisadores brasileiros, o termo *bullying* é utilizado somente na relação entre crianças e adolescentes. Entre pares adultos é utilizado o termo assédio moral.

O *cyberbullying*, por sua vez, é uma forma de prática do *bullying* por meio da internet para desferir comentários negativos sobre alguém. O dossiê de Violência de Gênero na Internet, realizado pela Agência Patrícia Galvão, ressalta que o *cyberbullying* pode atingir qualquer pessoa, mas, geralmente, essa forma de violência mobiliza sistemas discriminatórios, como o sexismo, o preconceito de classe, o racismo e a homofobia. Ainda, a troca de informações através da *web* tem poderio maior de exposição. Mesmo com ordem de bloqueio de conteúdo publicado, não é possível medir o alcance e a repercussão indireta das ofensas praticadas, as quais podem permanecer se propagando indiscriminadamente.

Esse alcance exponencial e a interação entre anônimos que favorece o repasse intensificam o poder de agressão dessa face da violência. Lélío Braga Calhau (2010) compara o *cyberbullying* da seguinte forma:

As agressões por meio eletrônico são uma evolução das antigas pichações em muros de colégios, casas ou até banheiros das escolas. Eram feitas na calada da noite e causavam grande dor para as vítimas, além da impunidade para os seus praticantes.

A conduta do *bullying* no mundo cibernético não possui o objetivo de transmitir informação, mas somente a hostilização da vítima. A intenção do agente é, desde o princípio, infringir grave sofrimento à vítima, insistindo é uma submissão ou desqualificação daquele a quem dirige seu discurso. De acordo com o relatório de Violências Contra a Mulher na Internet para ONU (ONU, 2017), a ONG SaferNet registrou no ano de 2016 o *Cyberbullying*/Ofensa como a violação de Direitos Humanos com mais ocorrências registradas pelas vítimas no portal - foram 312 ocorrências no total.

A tipificação do *cyberbullying* está relacionada aos crimes contra a honra do indivíduo – calúnia, difamação e injúria, dispostos nos artigos 138, 139 e 140 do Código

Penal, respectivamente. Porém também pode atingir outros bens jurídicos, como o caso de crimes de ameaça, descrito no artigo 147 do Código Penal. No caso do *cyberbullying*, se cometido por alguém do ciclo doméstico da vítima, a Lei Maria da Penha também pode ser aplicada, caso, por exemplo, um ex-parceiro promova os ataques para constranger a vítima para reatar um relacionamento. No caso em tela seria aplicável o art. 5º da Lei 11.340/2006⁹⁸¹.

As mulheres são as principais vítimas dessa faceta da violência de gênero na internet. De acordo com a SaferNet Brasil⁹⁸², 68% dos casos de *cyberbullying* são praticados contra mulheres. O *cyberbullying* é apenas mais um reflexo de todas as formas de intolerância transferida do mundo real para o mundo virtual e que precisa ser combatido.

5. O CASO “GABI CATUZZO”

Gabriela Catuzzo é uma digital influencer do universo gamer brasileiro de 22 anos. Joga profissionalmente desde 2017, quando começou a fazer transmissão ao vivo de jogos e torneios de jogos eletrônicos através da plataforma Facebook Gaming. Além disso, a gamer também utilizou o Twitter como rede social de divulgação e interação com seus seguidores. Entretanto, em junho de 2019, a gamer envolveu-se em uma polêmica nessa rede social, em um episódio de violência de gênero.

Gabi Catuzzo havia postado uma foto no dia 21 de junho de 2019, em que aparecia sentada em um touro mecânico. Após a publicação da foto, vários comentários foram feitos por seus seguidores homens, todas com teor sexual. Comentários como “pode montar em mim à vontade”, “senta em mim, sua gostosa” e “aqui em casa monta em mim quando quiser” foram feitos na sua publicação.

A influenciadora, então, respondeu a um dos comentários, onde reclamou sobre a postura machista de hipersexualização da mulher. Ao fazer o comentário, Catuzzo disse que “homem é lixo”, rebatendo as ofensas sofridas. Por conta da generalização feita em relação aos homens, seguidores homens reclamaram, sentindo-se atingidos. Em resposta às reclamações feitas, Gabi respondeu que os homens que não a ofendem seriam minoria e, por isso, a generalização era possível.

Por conta das respostas de Gabi, uma onda de comentários ofensivos seguiu.

981 Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual

982 Reportagem na íntegra disponível em: <https://www.folhadelondrina.com.br/mercado-digital/mulheres-sao-principais-vitimas-de-crimes-cometidos-na-internet-1028216.html>. Acesso em 25 jul. 2019.

Seguidores homens e mulheres passaram a responder com indignação a todas as publicações encontradas da gamer, tanto no Twitter quanto em suas outras plataformas de contato com seu público. Os comentários que se seguiram foram ataques frontais à figura da gamer, tanto quanto profissional de esportes digitais quanto como mulher. A violência de gênero perpetrada foi tanto no sentido de negar a capacidade técnico-profissional de estar no meio gamer, quanto de ser uma pessoa capaz de lidar com o universo de videogames, já que este seria predominantemente masculino e voltado exclusivamente para esse público.

Mais, aos casos de assédio sofridos por Catuzzo, somaram-se ameaças. Alguns comentários de seguidores, ameaçaram a gamer de agressões físicas, até mesmo de perseguição à família e ataques à sua residência em São Paulo. Em razão de todas as ameaças, Catuzzo e família decidiram mudar-se de São Paulo às pressas, com receio de que as promessas de ataques se concretizassem.

Ainda, os comentários dos seguidores focaram nos patrocinadores da gamer, incitando rechaço à sua postura diante do público masculino – que, segundo os seguidores, seriam os maiores consumidores das marcas e, por isso, mereciam respeito e tratamento à altura. Alegavam, ainda, que a figura de Catuzzo não estaria de acordo com o as marcas e, tampouco, com o universo gamer. Foi pedido a todo momento que os seus contratos de parceria fossem rescindidos.

A empresa Razer, fornecedora de equipamento gamer, tais como computadores, teclados personalizados, microfones especiais, headphones, poltronas e softwares, patrocinava Gabi Catuzzo ao momento das agressões. Entretanto, em razão dos comentários e do posicionamento de seus consumidores, pronunciou-se oficialmente através de uma nota publicada no perfil do Twitter da empresa, em que afirmou que o universo gamer enfrenta todo tipo de preconceito e estereótipo, mas que o contrato com a influenciadora expiraria nos próximos dias e não seria renovado.

O posicionamento da empresa, então, acabou por reforçar toda a violência de gênero sofrida por Gabriela Catuzzo, ao culpabilizar a vítima pelos comentários que a própria sofreu. Mais: reiterou todo o discurso machista hiperssexualizador, uma vez que enxergou na publicação da foto e das respostas da influencer comportamento avesso às políticas da empresa.

Apesar da decisão da empresa Razer, o episódio levantou o debate sobre o machismo e assédio para gamers mulheres. Além disso, outras empresas do setor demonstraram interesse em acompanhar o trabalho de Catuzzo, além da visibilidade em razão da repercussão, que rendeu, pelo menos, vinte mil novos seguidores à influencer em seu perfil do Twitter.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo digital é uma realidade da sociedade contemporânea. A ultraconectividade e a hipervelocidade de informações são marcas inerentes desse novo momento histórico-social. Grandes são as benesses trazidas pela internet. Entretanto esse mesmo universo traz consigo uma faceta negativa de violência que é inegável. Mais: o ciberespaço tem se firmado como mais uma instância de violência para com minorias sociais.

No caso da violência de gênero, esta tem se repetido diuturnamente na internet em suas mais diferentes facetas. Como o universo digital está em permanente exploração, as “descobertas” online ainda não foram reguladas. Portanto, muito do que acontece na internet permanece sem responsabilização, mantendo o ciclo de violência e impunidade.

Entretanto é perceptível que há esforços legislativos no sentido de aclarar as relações sociais online, bem como a persecução penal dos crimes lá cometidos. Nesse sentido, o Brasil tem avançado em legislação especial, como a Lei Carolina Dieckman, o Marco Civil da Internet e a recente inclusão de artigos no Código Penal para a responsabilização dos autores de compartilhamento de material íntimo não autorizado. Ou seja, ainda que a internet permaneça sendo um ente desconhecido, o Direito começa a tangenciar a realidade virtual, reconhecendo, inclusive, que o que acontece online tem fortes repercussões reais.

O caso Gabi Catuzzo, ocorrido em 2019, ilustra bem as consequências tateis dos *bits*. Em junho de 2019 a gamer foi vítima de violência de gênero online, através de cyberbullying e ameaças, que acarretaram em sua fuga da cidade de São Paulo e no fim de contratos de parceria/patrocínio da empresa Razer, que, diante da violência sofrida pela esportista digital, a culpabilizou pelo ocorrido e a penalizou com o fim do contrato, coadunando com o discurso machista hipersexualizador e com toda a violência perpetrada contra Catuzzo.

Nesse caso ficou nítido que a realidade virtual é contígua ao mundo real, e que os discursos online são tão violentos quantos os atos fora dele. A voracidade dos discursos de ódio e suas facetas, seja via pornografia de revanche, *cyberbullying* ou qualquer outra, possuem consequências e impactos reais. No caso da violência de gênero, as mulheres sofrem diuturnamente a repetição da subordinação, preconceito, desumanização e objetificação. No caso de Gabriela Catuzzo, a esportista digital profissional foi hipersexualizada e reduzida ao próprio corpo, sendo desrespeitada enquanto atleta profissional e produtora de conteúdo. Mais: foi ameaçada por contestar a posição hierárquica masculina.

Com efeito, o Direito brasileiro tem se mostrado sensível às demandas digitais. O avanço legislativo demonstra que há preocupação para com a realidade virtual, a fim

de que a impunidade não reafirme o ciclo de violência e os crimes que se perpetram online. Entretanto é necessário que a persecução penal ganhe contornos institucionais, com uma efetiva aplicação do Judiciário. É preciso que as instituições de justiça estejam afetas à realidade virtual, a fim de que respondam a essas demandas contemporâneas. O universo virtual, ainda que inexplorado, não pode permanecer arredio à regulação e à segurança.

BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA PATRICIA GALVÃO. *Violência de Gênero na Internet*. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-de-genero-na-internet/>. Acesso em 22 jul. 2019.

BOCCHI, Olsen Henrique. A liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito. Uma abordagem ética e solidária. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2715, 7 dez. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17981>. Acesso em: 20 jul 2019.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso de ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Trad. Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. *Revista de Direito Público*, v. 15 n. 118, jan./mar. 2007. Disponível em:

<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/521/919>. Acesso em: 26 jul. 2019.

BUZZI, Vitória de Macedo. *Pornografia da Vingança: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro*. 1ª. ed – Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CALHAU, Lélío Braga. *Bullying O que você precisa saber. Identificação, prevenção e repressão*. 2ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

CASADO, Aline Gabriela Pescaroli. *Cyber bullying: violência virtual e o enquadramento penal no Brasil*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011.

CASTELLS, Manuel. Fluxos, redes e identidades: uma teoria crítica da sociedade informacional. In: CASTELLS, Manuel; FLECHA, Ramón; FREIRE, Paulo et. al. (Org.) *Novas perspectivas críticas em educação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 a 361)*. Juspodivm. Salvador, 2017.

ENTENDA O CASO DE GABRIELA CATUZZO. Nerdweek. Disponível em: <https://nerdweek.com.br/special-a-historia-de-alguem-nao-tao-especial/>. Acesso em 07 de jan 2020.

FERREIRA, A. B. H. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2ª edição. Rio de Janeiro. Nova Fronteira, 1986.

GABI CATUZZO É AMEAÇADA APÓS CRITICAR HOMENS E RAZER SE MANIFESTA. Catraca livre. Disponível em <https://catracalivre.com.br/cidadania/influenciadora-digital-recebe-ameacas-de-morte-apos-criticar-homens/>. Acesso em 07 jan 2020.

GAMER QUE PERDEU CONTRATO: “ME CHAMAM DE PUTA SEMPRE E NÃO POSSO RESPONDER”. Uol universa. Disponível em <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/06/25/gamer-que-perdeu-contrato-me-chamam-de-puta-sempre-e-nao-posso-responder.htm>. Acesso em 07 jan 2020.

GIONGO, Marina Grandi. *Madalenas Modernas e um caso de pornografia da vingança: reflexões sobre gênero, sexualidade e cidadania na educação*. 2015. Disponível em: <http://www.ufrrs.br/sicp/wp-content/uploads/2015/MARINA-GRANDI-GIONGO.pdf> Acesso em: 28 jul. 2019.

GOUVEIA, Taciana; CAMURÇA, Silvia. *O que é gênero?* - 4ed. -Recife: SOS CORPO - Instituto Feminista para a Democracia, 2004.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Raísa Maíra de. *Liberdade de expressão x os discursos de ódio na internet*. 2016. 53 f. Monografia – Universidade Federal de Roraima. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/MONOGRAFIA%20RAISA%20PDF.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

MANSSUR, Maria Gabriela Prado. *Pornografia de revanche*. 2015. Disponível em: <http://www.justicadesaia.com.br/pornografia-de-revanche/> Acesso em: 18 jul. 2019.

MENDES, Priscilla. *G1 em Brasília. Dieckmann foi chantageada em R\$ 10 mil por fotos, diz advogado*. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2012/05/dieckmann-foi-chantageada-em-r10-mil-devido-fotos-diz-advogado.html>. Acesso em: 29 jul. 2019.

NAQUELE DIA EU ESTOUREI, DIZ INFLUENCIADORA QUE PERDEU CONTRATO APÓS DENUNCIAR MACHISMO. Globo. Disponível em <https://oglobo.globo.com/sociedade/naquele-dia-eu-estourei-diz-influenciadora-que-perdeu-contrato-apos-denunciar-machismo-23763908>. Acesso em: 07 jan 2020.

RAZER QUEBRA CONTRATO COM INFLUENCER GAMER GABI CATUZZO POR RESPOSTA POLÊMICA EM REDE SOCIAL. Olhar digital. Disponível em <<https://olhardigital.com.br/noticia/razer-quebra-contrato-com-influencer-gamer-gabi-catuzzo-por-resposta-polemica-em-rede-social/87270>>. Acesso em 07 jan 2020.

SAFFIOTI, Heleieth I. B.; ALMEIDA, Sueli de Souza. *Violência de gênero: poder e impotência*. Rio de Janeiro, Revinter, 1995.

_____. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SAMPAIO, Ângela Oliveira; VENTURINI, Renata Lopes Biazotto. *Uma breve reflexão sobre a família na Roma Antiga*. VI Jornada de Estudos Antigos e Medievais, 2007. Disponível em: <http://www.ppe.uem.br/jeam/anais/2007/trabalhos/030.pdf>. Acesso em 22 jul. 2019.

SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e Mídia*. Atlas, São Paulo. 2013. p. 282-298. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522477494/cfi/293!4/4@0.00:0.00>. Acesso em 26 jul. 2019.

SCOTT, Joan Wallach. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. Educação & Realidade, vol. 20, n° 2, jul./dez. 1995.

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Direito penal e sistema informático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Rosane. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Revista Direito - GV*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 445-468, jul.-dez. 2011.

_____. *Discurso de ódio: liberdade de expressão ou violação dos direitos humanos?*. 2012. Disponível em: <<http://www.unifra.br/eventos/sepe2012/Trabalhos/7116.pdf>>. Acesso em: 21 jul 2019.

XAVIER, Elódia. *Declínio do patriarcado: a família no imaginário feminino*. Rio de Janeiro: Record, Rosa dos Tempos. 1998.

LIBERDADE DE REUNIÃO NO DIREITO INTERNACIONAL: PARÂMETROS E DESAFIOS

Rafael Assis Alves

RESUMO: Nos últimos anos, o mundo vem assistindo a um vibrante crescimento de manifestações populares. Multidões reúnem-se em espaços públicos para reivindicar direitos, expressar opiniões e tentar interferir em políticas públicas essenciais. Apesar do direito à liberdade de reunião não ser exatamente novo, seu crescente exercício trouxe à luz diversos questionamentos acerca do seu âmbito de proteção e, especialmente, dos limites que podem lhe ser impostos. Quem pode exercê-lo? Para quê? Em quais lugares? Por quanto tempo? De que forma? Uma análise das decisões e entendimentos de organismos globais e regionais de direitos humanos revela muitos consensos e algumas indefinições. O objetivo deste artigo é apresentar as melhores práticas internacionais sobre a definição da liberdade de reunião e dos limites permitidos ao seu exercício. Partindo dessa premissa, busco responder questões que ainda suscitam dúvidas especialmente no Brasil, mais precisamente: (i) A ausência de notificação prévia é motivo suficiente para dispersar uma reunião? (ii) O exercício de contramanifestações deve ser protegido ou evitado? (iii) A proibição do uso de máscaras é compatível com tratados internacionais sobre o tema? (iv) É lícita a ocupação de prédios públicos? (v) Bloqueios de vias públicas estão inseridos no âmbito de proteção desse direito? Iluminam as respostas diversas decisões proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, bem como opiniões e informes da Organização para a Segurança e Cooperação da Europa e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Na busca da concordância prática entre os múltiplos direitos colidentes, é importante não perder de vista que toda tentativa de definição de uma liberdade fundamental deve ter o objetivo de fomentá-la, e não dificultá-la.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de reunião. Âmbito de proteção. Restrições. Proporcionalidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Liberdade de reunião no plano internacional; 2.1. Elemento subjetivo; 2.2 Elemento teleológico; 2.3 Elemento espacial; 2.4 Elemento temporal; 2.5 Elemento formal; 3. Restrições; 3.1 Considerações iniciais; 3.2. Previsão legal; 3.3. Objetivos legítimos; 3.4 Necessária em uma sociedade democrática; 4. Desafios atuais; 4.1 Notificação prévia e reuniões espontâneas; 4.2 Reuniões simultâneas e contramanifestações; 4.3 Proibição do uso de máscaras; 4.4 Ocupação de prédios públicos; 4.5 Ocupação prolongada; 4.6 Bloqueio de vias públicas; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O impulso pela manifestação coletiva do pensamento compõe a própria natureza humana. Em “Ética a Nicômaco”, Aristóteles afirma que o homem se distingue dos

outros animais gregários porque é o único que tem *a palavra*, que “serve para exprimir o útil e o prejudicial e, por conseguinte, também o justo e o injusto”.

Com essa perspectiva política é que se deve mirar a liberdade de reunião. Ela desempenha um papel fundamental no funcionamento das sociedades democráticas porque propicia o pluralismo político e ideológico, a participação dos cidadãos na atuação do governo e o controle de sua atuação (Gárate, 2013).

O olhar atento sobre esse direito é especialmente relevante para a comunidade jurídica, pois habilita seus integrantes – magistrados, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público etc. – a preservarem o movimento de contínuo avanço civilizatório tão duramente conquistado.

A liberdade de reunião, embora não seja tema novo, sem dúvida é atual. Nos últimos anos viu-se uma crescente mobilização de grupos sociais, espalhados em locais mais diversos do mundo, que se reúnem em espaços públicos para expressar ideias e reivindicar direitos. Assim ocorreu com a “Primavera Árabe” na Tunísia, “Occupy Wall Street” nos Estados Unidos, “Movimiento de los Indignados” na Espanha, “Movimento dos Coletes Amarelos” na França e com as diversas marchas vem levando multidões de brasileiros às ruas, especialmente desde as “Jornadas de Junho de 2013”.

No seu relatório apresentado à Assembleia Geral da ONU em 2018, o Relator Especial sobre liberdades de reunião pacífica e de associação destacou que o direito de reunião: (i) empodera os indivíduos e grupos mais marginalizados, sub-representados e vulneráveis ao mobilizar a opinião pública e a vontade política; (ii) ajuda a criar, fortalecer e expandir um ambiente propício de participação da sociedade civil; (iii) promove transparência ao abordar questões como a desigualdade, corrupção, falhas governamentais e injustiça; e (iv) fornece uma base essencial para o diálogo social, a governança efetiva do mercado de trabalho e a realização de trabalho decente e outros direitos, por meio de representação, negociação, mobilização e diálogo (2018).

No entanto, o crescimento da frequência e intensidade desses protestos instigou reflexões sobre seus limites. O aumento dos casos de violência por manifestantes e agentes estatais demonstrou que o exercício dessa liberdade frequentemente colide com diversos direitos, como o de propriedade e liberdade de locomoção.

Esse contexto indica a pertinência de se analisar o alcance do direito e os limites aceitáveis a seu exercício. Num primeiro momento, serão apresentados os parâmetros internacionais sobre o alcance do direito, extraídos da jurisprudência e documentos produzidos pela ONU e por organismos regionais de proteção de direitos humanos.

Em seguida, será apresentada a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos a respeito das restrições à liberdade de reunião, como forma de viabilizar o diálogo com esse importante tribunal e obter pistas que ajudam a compor o mapa da construção e

interpretação desse direito, em harmonia com as melhores práticas internacionais. Destaca-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda não enfrentou diretamente o tema da liberdade de reunião, embora o tenha mencionado brevemente no julgamento do caso *Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco c. México*⁹⁸³, em 2018.

Finalmente, serão apresentados alguns dos desafios atuais na regulamentação da liberdade de reunião, a saber: (i) se a ausência de notificação prévia é motivo suficiente para dispersar uma reunião; (ii) se o exercício de contramanifestações é amparado pelo direito de reunião; (iii) se a proibição do uso de máscaras é compatível com tratados internacionais sobre o tema; (iv) se a ocupação de prédios públicos é lícita; (v) até que ponto os manifestantes podem ocupar o espaço público.

2. LIBERDADE DE REUNIÃO NO PLANO INTERNACIONAL

A liberdade de reunião está prevista nos principais tratados e declarações internacionais sobre direitos humanos. No que interessa ao presente estudo, esse direito é protegido pela Declaração Universal de Direitos Humanos – DUDH (art. 20), Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos – PIDCP (art. 21), Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH (art. 15) e Convenção Europeia de Direitos Humanos – CEDH (art. 11).

A previsão normativa da liberdade de reunião é quase idêntica nos quatro documentos internacionais. Nenhum deles indica a quantidade mínima de pessoas para qualificar o encontro como uma *reunião*. Todos os instrumentos exigem expressamente que ela seja pacífica. Somente se admitem restrições que sejam previstas em lei, necessárias e que busquem proteger a segurança nacional, segurança pública, a saúde ou moral e os direitos de terceiros. O significado dessas cláusulas será apresentado no item 3.

As diferenças são sutis e de pouca relevância prática. Apenas o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos regulou a liberdade de reunião separadamente da liberdade de associação, possibilitando limitações específicas a essa última. Além disso, a Convenção Europeia de Direitos Humanos ressaltou expressamente a possibilidade de restrições ao exercício desses direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.

O Relator Especial da Organização das Nações Unidas sobre as liberdades de reunião pacífica e de associação definiu *reunião* como “um encontro intencional e temporário em espaço privado ou público para um objetivo específico” (2012).

Devem ser protegidas pelo direito de reunião não apenas as agremiações estáticas (encontros públicos, ações de massa, *flash mobs*, demonstrações, ocupações sentadas,

983 Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Mulheres Vítimas de Tortura Sexual em Atenco c. México*, Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 novembro 2018, Série C No. 371.

piquetes etc), mas também as dinâmicas (funerais, paradas festivas, procissões, peregrinações, carreatas, passeatas, marchas etc) e todas aquelas que a criatividade humana conseguir inventar. Os exemplos são meramente ilustrativos. A cada dia surgem novas formas de se exercitar a liberdade de reunião, de modo que qualquer tentativa de catalogá-los estaria fadada ao fracasso.

O âmbito de proteção desse direito pode ser decomposto em cinco elementos: subjetivo, teleológico, espacial, temporal e formal.

2.1. ELEMENTO SUBJETIVO

A liberdade de reunião pressupõe pluralidade de pessoas. Trata-se de um direito individual de exercício coletivo. Se a ação for de apenas uma pessoa, como o protesto de um manifestante gritando palavras de ordem na rua, limita-se à liberdade de expressão.

Segundo a Organização para a Segurança e Cooperação na Europa – OSCE, a cidadania não pode ser pressuposto para o direito de reunião (2019). De fato, a restrição ao exercício de alguns direitos políticos, a exemplo do voto, não significa que a pessoa deve ser silenciada nas reivindicações políticas, econômicas e sociais. Como observou o Relator Especial da ONU sobre as liberdades de reunião e associação, para grupos excluídos do sufrágio os protestos são o principal modo de chamar a atenção para suas ideias (2014). Nesse sentido, gozam dessa liberdade os apátridas, refugiados, asilados e estrangeiros de forma geral.

Como o direito também compreende as prerrogativas de planejar, organizar, promover e anunciar as reuniões, a Organização para a Segurança e Cooperação na Europa o estende às empresas, associações registradas e não registradas, sindicatos, partidos políticos e grupos religiosos (2019).

2.2 ELEMENTO TELEOLÓGICO

É necessário algum grau de coesão entre os participantes, ou seja, que haja entre eles um objetivo comum – político, artístico, filosófico, religioso ou cultural. Portanto, estão excluídos os encontros fortuitos, a exemplo de mera aglomeração de pessoas numa fila.

Embora seja necessário o compartilhamento de um objetivo comunicativo, o conteúdo da comunicação pode ser de interesse restrito a um pequeno grupo de pessoas.

O conceito deve ser interpretado de forma ampla, abrangendo agremiações estáticas (encontros públicos, ações de massa, *flash mobs*, manifestações, ocupações sentadas, piquetes etc), e dinâmicas (funerais, paradas festivas, procissões, peregrinações, carreatas, passeatas, marchas etc). Os exemplos são meramente ilustrativos, pois novas formas de manifestações coletivas são criadas a todo momento e qualquer tentativa de catalogá-las estaria desde o início fadada ao fracasso.

2.3 ELEMENTO ESPACIAL

O local é um dos aspectos fundamentais do direito de reunião. Em razão disso, o Comitê de Direitos Humanos da ONU⁹⁸⁴, o Relator Especial da ONU sobre as liberdades de reunião pacífica e de associação (2013), a Corte Europeia de Direitos Humanos⁹⁸⁵, a Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (2019) e o Relator Especial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para a liberdade de expressão (2019) reconhecem aos manifestantes o direito de escolher um lugar ao alcance visual e auditivo (“sight and sound”) do seu público-alvo.

A liberdade para escolher o *lugar* da reunião inclui o direito de escolher a *rota* a ser seguida pelos manifestantes. Dessa forma, leis que obrigam os organizadores a aceitar rotas indicadas pelas autoridades não são compatíveis com os principais tratados internacionais sobre direitos humanos.

A garantia compreende demonstrações ao ar livre e em recintos fechados, em espaços públicos e privados. Evidentemente, ela não concede um direito automático de entrada em propriedade privada ou em bens públicos de acesso restrito. Assim, nos casos de imóvel privado aberto ao público (p. ex. shopping centers e aeroportos), os manifestantes devem cumprir os requisitos gerais de acesso e de capacidade do local. Embora os interesses dos proprietários mereçam consideração, eles devem ser tolerantes às manifestações e não podem proibi-las ou dispersá-las por motivos discriminatórios.

Os Estados também devem evitar a designação de perímetros de lugares como tribunais, parlamentos ou outros edifícios públicos como zonas onde não se podem celebrar reuniões, salvo casos específicos de comprovada necessidade. O Comitê de Direitos Humanos da ONU já decidiu ser ilegal proibir reuniões em toda a capital (2018) ou reservar apenas um local específico para elas, a exemplo de um estádio esportivo⁹⁸⁶.

2.4 ELEMENTO TEMPORAL

Uma importante questão sobre o alcance do direito à liberdade de reunião é a extensão temporal desses encontros. Embora eles precisem ser transitórios – sob pena de se converter em associações –, os manifestantes devem contar com oportunidade suficiente para expressar suas ideias de forma eficaz.

Em princípio, cabe aos manifestantes decidir sobre o momento de encerrar a reunião. No entanto, é razoável entender que a proteção diminui conforme se intensificam

984 Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, *Leonid Sudalenko c. Bielorrússia*, comunicação n.º 2016/2010, 28 dezembro 2015, §8.4.

985 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Lashmankin e outros c. Rússia*, n.º 57818/09 e outros, 29 de maio de 2017.

986 Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, *Turchenyak e outros c. Bielorrússia*, comunicação n.º 1948/2010, 10 setembro 2013, §75.

as externalidades negativas geradas pelas manifestações (p. ex. perturbação do tráfego de veículos ou de pedestres).

O horário escolhido para a manifestação também pode justificar restrições. Como protestos noturnos em áreas residenciais podem impactar de forma desproporcional os direitos dos moradores, autoridades podem limitar as manifestações para preservar a tranquilidade das demais pessoas.

2.5 ELEMENTO FORMAL

Pacífica é a reunião em que os participantes não incitam a violência e nem demonstram o interesse de exercê-la. O termo inclui a divulgação de ideias que possam incomodar ou ofender outras pessoas⁹⁸⁷.

Caso se admitissem apenas manifestações hegemônicas, toda ideia de grupos minoritários seria censurada. Ocorre que uma sociedade verdadeiramente democrática valoriza as diferenças de opiniões e concepções de vida boa e pressupõe tolerância dos cidadãos. Democracia vai muito além da regra da maioria: ela impõe respeito aos direitos das minorias e de grupos vulneráveis, o que somente é possível caso permitida a difusão de ideias e visões de mundo polêmicas.

Embora seja problemático o controle sobre o conteúdo da mensagem veiculada nas reuniões, estão proibidas pelo art. 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos toda propaganda em favor da guerra e qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência.

Os exemplos isolados de violência não podem autorizar uma dispersão geral da reunião. Como já decidiu a Corte Europeia de Direitos Humanos, “a possibilidade de extremistas com intenções violentas que não são membros do grupo organizador participar de uma manifestação não pode, como tal, tirar [o direito à liberdade de reunião pacífica] daqueles que permanecem pacíficos”⁹⁸⁸. Há que se respeitar o princípio da responsabilidade pessoal.

3. RESTRIÇÕES

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Restrições à liberdade de reunião são admitidas, desde que previstas em lei, o objetivo seja proteger a segurança nacional, segurança pública, a ordem pública, a saúde ou moral, direitos e liberdades de terceiros e que tais limitações sejam necessárias numa

987 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Stankov e United Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgária*, n.º 29221/95 e 29225/95, 2 de outubro de 2001, §86.

988 Comissão Europeia dos Direitos Humanos, *Christians against Racism and Fascism c. Reino Unido*, n.º 8440/78, 16 julho 1980.

sociedade democrática. A fim de possibilitar uma melhor compreensão do tema, cada um desses *standards* serão desenvolvido a seguir.

3.2. PREVISÃO LEGAL

Nos casos *Huvig c. França* e *Kruslin c. França*, a Corte identificou quatro perguntas de casos anteriores que fornecem um teste para decidir se determinada interferência a um específico direito é suficientemente “prevista em lei”: (i) o sistema legal doméstico sanciona a infração? (ii) a provisão legal é acessível aos cidadãos? (iii) a provisão legal é suficientemente precisa para permitir que os cidadãos razoavelmente prevejam as consequências que a ação proibida pode causar? (iv) a lei prevê salvaguardas contra interferência arbitrária com relação aos direitos substanciais? (GREER, 1997).

Portanto, a exigência de previsão legal vai além da mera existência da restrição na legislação interna e analisa a qualidade da lei em questão. Ela deve ser acessível às pessoas envolvidas e formulada com precisão suficiente para permitir - se necessário, com as devidas orientações - prever, em um grau razoável, as consequências que uma determinada ação pode acarretar.

A utilização de expressões claras é importante para que a lei não permita aos seus aplicadores uma margem de discricionariedade tão grande que acabe em enfraquecer a própria regulamentação. A segurança jurídica é fundamental para a preservação das liberdades.

3.3. OBJETIVOS LEGÍTIMOS

A abertura semântica das cláusulas de exceção previstas no art. 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos permite um amplo espectro de medidas restritivas pelos Estados. Em razão disso, normalmente a Corte Europeia de Direitos Humanos aciona o segundo *standard* juntamente com o terceiro, que impõe uma análise da proporcionalidade da medida.

Até mesmo pela fluidez das expressões, é importante que sejam melhor explicadas as cláusulas restritivas ao direito de reunião previstas na convenção europeia, à luz da Corte de Estrasburgo.

3.3.1 SEGURANÇA NACIONAL

Certos direitos garantidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos contém expressamente a autorização para que Estados os limitem por motivo relacionado a *segurança nacional*. Essa cláusula pode ser encontrada, por exemplo, no direito a um julgamento justo (art. 6), à privacidade, vida privada e familiar e inviolabilidade de correspondência (art. 8), liberdade de expressão (art. 10) e liberdade de reunião e asso-

ciação (art. 11). Também há referência à *segurança nacional* como objetivo que legitima restrições à liberdade de circulação (art. 2-3, Protocolo 4) e de revisar uma decisão de deportação (art. 1-2, Protocolo 7).

A possibilidade de os Estados invocarem considerações a respeito da *segurança nacional* para reduzir ou mesmo afastar proteções na proteção dos direitos humanos é um risco que não pode ser ignorado, especialmente porque *segurança nacional* é expressão fluída e de difícil conceituação. Um bom parâmetro de interpretação foi estabelecido no documento denominado “Princípios de Siracusa sobre Cláusulas de Limitações e Derrogações”, que dispõe o seguinte (1984):

Segurança Nacional

29. Somente se pode invocar a segurança nacional para justificar as medidas que limitem certos direitos quando estas medidas sejam adotadas para proteger a existência da nação, sua integridade territorial ou sua independência política contra a força ou ameaça de força.

30. Não se poderá invocar a segurança nacional como motivo para impor limitações ou impedir ameaças à ordem pública meramente locais ou relativamente isoladas.

31. Não se poderá utilizar a segurança nacional como pretexto para impor limitações vagas ou arbitrárias e somente se poderá invocar quando existam garantias adequadas e recursos eficazes contra os abusos.

32. A violação sistemática dos direitos humanos mina a segurança nacional e pode colocar em perigo a paz e a segurança internacionais. Um estado que seja responsável por uma violação desse tipo não poderá invocar a segurança nacional para justificar as medidas destinadas a suprimir a oposição a essa violação ou a imposição de práticas repressivas contra sua população.

A ideia de *segurança nacional* está relacionada com a proteção da existência da nação, sua integridade territorial ou independência política contra o uso ou ameaça da força, seja de fonte externa (ameaça militar) ou interna (deposição violenta do governo).

Atualmente, o significado comum de *segurança nacional* não pode ficar limitado à simples preservação da integridade territorial ou proteção contra interferências políticas ou militares externas. No contexto da era global, deve abranger a espionagem econômica ou política e, também, ameaças terroristas.

O pânico generalizado que é infligido por esse tipo de prática, cada vez mais violenta e midiática, pressiona governos de diversos países – especialmente na Europa – a adotar medidas que colocam em xeque a direitos das pessoas, a exemplo de complexos sistemas de vigilância. Não há dúvidas de que a ameaça terrorista é real e, portanto, os Estados não podem deixar de adotar medidas efetivas para o seu combate, contudo, eles não estão autorizados a adotar *quaisquer* medidas a esse pretexto.

Em que pese o esforço para dotar de maior concretude à cláusula *segurança nacional*, trata-se de cláusula inerentemente vaga e que poucas vezes foi analisada pela

Corte Europeia de Direitos Humanos. Para ilustrar, no caso *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquia*, em que se discutia a validade de uma decisão que determinou a dissolução de um sindicato, a Corte entendeu que o simples fato do sindicato buscar que os cidadãos cuja língua materna não seja a turca recebam assistência no seu idioma materno não é contrária, por si só, à segurança nacional⁹⁸⁹.

Em interessante precedente, a Corte esclareceu que o fato de um grupo de pessoas reivindicar por autonomia ou mesmo exigir secessão de parte do território do país – exigindo mudanças constitucionais e territoriais fundamentais – não pode justificar, automaticamente, a proibição dessas reuniões⁹⁹⁰.

Outro julgamento importante foi o caso *Leander c. Suécia*. A Corte reconheceu ser legítimo, para a proteção da segurança nacional, que autoridades nacionais colem e armazenem informações sobre pessoas para avaliar a adequação dos candidatos a emprego em cargos sensíveis⁹⁹¹.

3.3.2 SEGURANÇA PÚBLICA

Segurança pública pode ser entendida como proteção contra os perigos à segurança das pessoas, suas vidas ou integridade física ou sério dano a sua propriedade (1984). Trata-se de noção ampla, que envolve a proteção da população em geral contra variadas formas de significativos danos, ofensas e perigos, inclusive emergências.

Em razão da inegável imbricação com o conceito de *ordem pública*, a Corte Europeia de Direitos Humanos costuma tratar ambos as hipóteses em conjunto, como se sinônimas fossem.

3.3.3 ORDEM PÚBLICA E PREVENÇÃO DO CRIME

A Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece ser natural certa vagueza no conceito de “ordem pública”, pois a vida cotidiana pode ser afetada por reuniões em um número infindável de maneiras, o que revela ser irreal exigir que o legislador formule regras gerais sem algum grau de abstração. Em razão disso, considera que a exigência de legalidade estará satisfeita se a interpretação dos tribunais domésticos não for arbitrária nem imprevisível e se ela estiver relacionada com as circunstâncias do caso concreto⁹⁹².

Com apoio nos “Princípios de Siracusa”, pode-se conceituar *ordem pública* como o conjunto de princípios sobre as quais se funda a sociedade ou de regras que garantem seu funcionamento (1984).

989 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası c. Turquia*, n.º 20641/05, 25 de setembro de 2012.

990 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Stankov e United Macedonian Organisation Ilinden c. Bulgária*, n.º 29221/95 e 29225/95, 2 de outubro de 2001.

991 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Leander c. Suécia*, n.º 9248/81, 26 de março de 1987.

992 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Yaroslav Belousov c. Rússia*, n.º 2653/13 e 60980/14, 4 de outubro de 2016.

Apenas o risco hipotético de desordem pública não é suficiente para a proibição do encontro⁹⁹³. É necessária a demonstração de que organizadores ou manifestantes estão praticando atos de violência ou com a nítida intenção de praticá-los. A presunção deve ser a favor da pacificidade no exercício do direito fundamental de reunião, ou seja, caso as autoridades decidam dissolver compulsoriamente determinada reunião pública por motivo de desordem pública, deve expor os motivos que embasaram a razões pelas quais entende que o evento provoca esse nível de perturbação. Deve pesar sobre ela considerável ônus argumentativo ancorado na indicação de fatos concretos que, caso não satisfeito, permanece a presunção a favor da pacificidade da reunião.

3.3.4 PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

O conceito de *saúde pública* não apresenta grandes problemas. Trata-se de cláusula que habilita a intervenção em reuniões que representem séria ameaça à incolumidade da população ou de um grupo de indivíduos, possibilitando a prevenção de doença ou provendo o tratamento médico necessário.

Para ilustrar, vale rememorar o já citado caso *Cisse c. France*, em que a Corte Europeia de Direitos Humanos julgou proporcional a intervenção de autoridades com base na proteção da saúde porque os manifestantes haviam atingido um estágio crítico durante uma greve de fome e estavam confinados em condições insalubres⁹⁹⁴. Entre o direito de manifestar-se publicamente e o direito à integridade corporal, este último merece maior atenção, especialmente quando os manifestantes já dispuseram de tempo razoável para expor suas reivindicações.

3.3.5 PROTEÇÃO DA MORAL

Considerando que a noção de moralidade varia ao longo do tempo e de uma cultura para outra, o TEDH reconhece ser impossível fixar limites rígidos às restrições impostas pelos Estados às reuniões, ou seja, as autoridades nacionais devem desfrutar de uma certa margem de discricionariedade. No entanto, deve ficar claro que a interferência em questão é essencial para a manutenção do respeito por outros direitos fundamentais.

O pluralismo constitui valor essencial no regime democrático e é construído sobre o genuíno reconhecimento e respeito pela diversidade e a dinâmica das tradições culturais, identidades étnicas e culturais, crenças religiosas e ideias e conceitos artísticos, literários e socioeconômicos. Portanto, a interferência nos direitos de reunião para proteger a moral pública deve ser excepcional, sob pena de permitir que minorias sejam impedidas de fomentar o debate público a respeito de ideias e opiniões que lhes dizem respeito.

993 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Makhmudov c. Russia*, n.º 35082/04, 26 de outubro de 2007.

994 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Cisse c. França*, n. 51346/99, 9 de abril de 2002.

Na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, o caso *Alekseyev c. Rússia* levou o tribunal a analisar a convencionalidade do banimento de marchas e paradas de homossexuais por autoridades de Moscou e a punição às pessoas que participaram desses eventos. Em sua defesa, o Estado russo sugeriu que os desfiles homossexuais deveriam ser analisados levando-se em conta interesses de espectadores involuntários, especialmente crianças. Ainda segundo o governo russo, qualquer forma de celebração do comportamento homossexual deveria ser realizada em espaços privados ou em lugares previamente designados com acesso restrito, a exemplo de clubes e bares.

Segundo a Corte, o único fator levado em conta por autoridades russas foi a oposição pública ao evento e a sua própria visão oficial sobre a imoralidade do comportamento homossexual. No entanto, qualquer decisão que restrinja o exercício do direito de reunião deve ser baseada em uma avaliação aceitável de fatos relevantes. Em razão disso, os argumentos apresentados pelo Estado russo foram rejeitados e reconheceu-se que houve violação ao direito de reunião⁹⁹⁵.

3.3.6 PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE TERCEIROS

A exceção da “proteção dos direitos de terceiros”, apesar de constituir hipótese diversa, tem sido frequentemente utilizada pela Corte Europeia de Direitos Humanos de maneira relacionada com a proteção da saúde e da moral e com a prevenção à desordem ou crime. Ainda segundo Greer, a Corte vem aplicando essa cláusula de maneira altamente casuística, assim como o faz com as demais exceções previstas ao direito de reunião (Greer 1997).

Se é verdade que algum grau de distúrbio é inerente a praticamente toda reunião pública, será quase sempre inevitável um *balanceamento* entre essa importante liberdade de agregação em espaços públicos e os direitos de quem vive, trabalha e transita por lugares em que essas reuniões ocorrem.

Tendo em conta a necessidade de tolerância numa sociedade democrática, será necessário ultrapassar um limiar elevado antes de se poder estabelecer que uma assembleia pública violará de forma desproporcional os direitos de terceiros.

No caso *Éva Molnár c. Hungria*, a Corte afirmou que a perturbação temporária no tráfego de veículos e pessoas não é, por si só, razão para impor restrições a uma reunião⁹⁹⁶.

Em avançado estudo sobre o tema, a OSCE identificou algumas circunstâncias que as autoridades devem levar em consideração ao restringirem reuniões com o fim de proteger direitos e liberdades de outros: (i) a natureza dos direitos reivindicados; (ii) como, no particular contexto, esses direitos podem ser infringidos; (iii) a necessidade das restrições; e (iv) as razões pelas quais medidas menos intrusivas não puderam ser utilizadas (2019).

995 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Alekseyev c. Rússia*, n.ºs 4916/07, 25924/08 e 14599/09, 21 outubro 2010.

996 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Éva Molnár c. Hungria*, n.º 10346/05, 7 de outubro de 2008.

3.4 NECESSÁRIA EM UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

Caso a Corte Europeia de Direitos Humanos entenda que a restrição buscou atingir um dos objetivos acima elencados, restará a análise sobre se essa mitigação é *necessária em uma sociedade democrática*. A cláusula possui inegável abertura semântica, o que permite aos Estados uma razoável margem de apreciação.

No entanto, isso não impede uma supervisão da Corte à luz da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A consagração da expressão *sociedade democrática* – prevista em diversos tratados internacionais – pretende defender os direitos ali reconhecidos contra a interferência abusiva dos Estados, garantir a legalidade das limitações e restringir o universo de possibilidades de invocação das limitações ao exercício dos direitos humanos (Trindade, 1999).

No caso *The Sunday Times c. Reino Unido*, a Corte pretendeu estruturar a interpretação a respeito da expressão *necessária em uma sociedade democrática*:

Agora, deve-se decidir se a “interferência” reclamada corresponde a uma “necessidade social premente”, se é “proporcional ao objetivo legítimo perseguido”, [e] se as razões apontadas pelas autoridades nacionais para justificá-la são “relevantes e suficiente”⁹⁹⁷.

O conceito pode ser decomposto em três elementos: (i) atendimento a uma necessidade social premente; (ii) as razões aduzidas pelo Estado devem ser relevantes e suficientes; (iii) proporcionalidade com o objetivo legítimo.

No famoso caso *Handyside*, a Corte reconheceu que a noção de *necessidade*, apesar de inevitavelmente vaga, não é sinônimo de *indispensável* nem tem a flexibilidade das expressões *admissível*, *ordinário*, *útil*, *razoável* ou *desejável*⁹⁹⁸.

Em *Gün e outros*, a Corte esclareceu que as autoridades nacionais devem demonstrar que as decisões que culminaram em restrições ao direito foram baseadas em uma avaliação aceitável dos fatos relevantes⁹⁹⁹.

Por fim, o postulado da proporcionalidade busca o fino ajuste entre os benefícios e os sacrifícios gerados pela medida restritiva. Trata-se da etapa mais importante na avaliação da convencionalidade da restrição, tal como reconheceu a Rede de Lisboa, organismo multilateral para o treinamento de juízes e promotores na Europa, integrado à Comissão para a Eficácia da Justiça na Europa (CEPEJ) em 2001.

Voltando à liberdade de reunião prevista no art. 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Corte entendeu que eram desproporcionais, por exemplo, o

997 Corte Europeia de Direitos do Homem, *The Sunday Times c. Reino Unido* (N.º 1) (TP), n.º 6538/74, 26 de abril de 1979.

998 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Handyside c. Reino Unido*, n.º 5493/72, 07 dezembro 1976.

999 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Gün e outros c. Turquia*, n.º 8029/07, 18 junho 2013.

banimento completo de manifestações¹⁰⁰⁰ e a prisão desnecessária de participantes¹⁰⁰¹.

Feita essa breve apresentação sobre os critérios adotados pela Corte Europeia para a solução de conflitos entre a liberdade de reunião e demais direitos e liberdades, cumpre indicar as questões que ainda não se encontram totalmente pacificadas e que vem suscitando debates especialmente no Brasil.

4. DESAFIOS ATUAIS

4.1 NOTIFICAÇÃO PRÉVIA E REUNIÕES ESPONTÂNEAS

A notificação prévia é uma técnica de controle consistente em comunicar antecipadamente a celebração de uma reunião com a informação necessária para que a autoridade estatal possa facilitar o exercício do direito, adotar medidas para proteção da segurança e ordem públicas, bem como proteger os direitos e liberdades de outros.

A Constituição Federal brasileira prevê a exigência de aviso prévio para as reuniões. Atualmente, o Supremo Tribunal Federal discute a necessidade de prévia comunicação aviso prévio para reunião pública no julgamento do Recurso Extraordinário 806339. Votaram a favor da tese que condiciona o direito de reunião à prévia comunicação os ministros Marco Aurélio, Alexandre de Moraes e Luiz Fux; contra, os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski. O julgamento foi interrompido pelo pedido de vista do ministro Dias Toffoli. Essa questão não provoca polêmicas apenas no Brasil.

No julgamento do caso *Lashmankin e outros c. Rússia*, a Corte Europeia de Direitos Humanos conduziu um estudo comparado sobre a necessidade de aviso prévio na legislação de 27 Estados-membros do Conselho da Europa (Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Estônia, Finlândia, França, antiga República Iugoslava da Macedônia, Alemanha, Grécia, Hungria, Itália, Letônia, Liechtenstein, Mônaco, Montenegro, Países Baixos, Polônia, Romênia, Sérvia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Ucrânia e Reino Unido).

O estudo revelou que a maioria dos Estados exige notificação prévia para reuniões públicas, com exceção apenas da Macedônia. No Reino Unido, o aviso prévio é exigido apenas para reuniões dinâmicas (p. ex. procissões e marchas), enquanto as estáticas são dispensadas desse requisito. A Letônia exige a notificação apenas para as reuniões anunciadas ao público em geral e que podem interferir no tráfego de veículos. Reuniões espontâneas foram expressamente excluídas desse procedimento no Azerbaijão, Alemanha, Grécia e Reino Unido.

1000 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Öllinger c. Áustria*, n.º 76900/01, 29 setembro 2006.

1001 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Açik e outros c. Turquia*, n.º 31451/03, 13 janeiro 2009.

É consenso entre os mecanismos internacionais de direitos humanos a ilegalidade da dispersão de reuniões pela simples ausência de prévia comunicação às autoridades (2016). Sem embargo, a Corte Europeia de Direitos Humanos já afirmou que a dispensa de aviso prévio deve ser encarada como excepcional. No caso *Éva Molnár c. Hungria*, a corte esclareceu o que considera como circunstâncias especiais que dispensam a necessidade de prévio aviso:

O direito de realizar manifestações espontâneas pode superar a obrigação de notificar previamente as assembleias públicas apenas em circunstâncias especiais, a saber, se uma resposta imediata a um evento atual for justificada pela forma da demonstração. Em particular, tal derrogação à regra geral pode ser justificada se um atraso tornar essa resposta obsoleta¹⁰⁰².

De acordo com o Tribunal de Estrasburgo, se a reunião se der como efeito imediato a algum evento, fere a lógica exigir-se das pessoas *prévio* aviso do que não foi planejado. Importante consignar que o Estado não pode utilizar a espontaneidade da reunião para esquivar-se das suas obrigações de proteger e facilitar o exercício desse direito fundamental.

A OSCE admite a validade de normas que imponham sanções a organizadores que não cumprem o requisito da notificação prévia. No entanto, a sanção somente será válida se houver evidências de que eles agiram intencionalmente e se as consequências da omissão forem relevantes (2019).

Nesse sentido, seria inapropriado punir um organizador se o número esperado e notificado de participantes subir inesperadamente acima do limite de notificação ou se a reunião não causou danos ou perigo concreto. Em todos os casos, o ônus de prova deve recair sobre as autoridades públicas.

4.2 REUNIÕES SIMULTÂNEAS E CONTRAMANIFESTAÇÕES

Reuniões espontâneas geralmente derivam de resposta quase imediata de um grupo de pessoas a um evento inesperado. Sua preservação revela-se importante na medida em que a proximidade temporal com o incidente que a motiva permite a influência das reivindicações nos processos decisórios públicos. Por isso, o Relator Especial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para a liberdade de expressão afirmou que as manifestações espontâneas estão protegidas pelo direito de reunião (2019)

Também não se pode impedir que pessoas contrárias às ideias propagadas por determinado grupo façam contramanifestações. De acordo com as diretrizes estabelecidas pela OSCE, as pessoas têm o direito de se reunir em contrademonstrações para expressar seu desacordo com as visões expressadas por outra reunião pública (2019).

1002 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Éva Molnár c. Hungria*, n.º 10346/05, 7 de outubro de 2008.

No caso *Öllinger v. Áustria*, a Corte Europeia de Direitos Humanos forneceu interessantes balizas para auxiliar na análise da proporcionalidade de restrições realizadas em contrarreuniões: (i) se a coincidência de horário e local faz parte essencial da mensagem da contramanifestação; (ii) se a contrarreunião expressa opinião ou problema de interesse público; (iii) o tamanho da contramanifestação; (iv) a intenção das pessoas que compõem a contrarreunião e o modo de realizá-la¹⁰⁰³.

Desse modo, o simples fato de já haver comunicação sobre a futura ocorrência de determinada reunião não impede que outra seja desenvolvida, mesmo que as ideias difundidas sejam contraditórias, desde que não haja interferência física no outro encontro público.

4.3 PROIBIÇÃO DO USO DE MÁSCARAS

Pode o Estado impedir que integrantes de reuniões públicas utilizem artifícios e instrumentos que ocultem sua identidade visual, a exemplo de máscaras, gorros, balaclavas ou fantasias? A questão não é prosaica.

Em resumo, quem defende as leis que proíbem o uso de máscaras nessas ocasiões afirma que: (i) é possível a restrição ou regulamentação de direito fundamental, ainda que a Constituição Federal não faça ressalva expressa, quando houver conflito com outro direito fundamental; (ii) o impedimento do uso de máscaras não representa violação desproporcional aos direitos de reunião e de manifestação do pensamento; (iii) o uso de máscaras, muitas vezes, impossibilita a identificação dos manifestantes violentos; (iv) a vedação ao anonimato aplica-se às manifestações públicas.

Por outro lado, os principais argumentos contrários à proibição *ex lege* da utilização de máscaras e congêneres são os seguintes: (i) se a Constituição Federal não proibiu o uso de máscaras ao tratar sobre o direito de reunião, não é dado ao intérprete fazê-lo; (ii) o uso de máscaras integra a cultura popular das manifestações; (iii) a vedação ao anonimato não se aplica às manifestações públicas; (iv) a restrição ao uso de máscaras em manifestações sob o pretexto de impedir a violência é desproporcional, pois as autoridades dispõem de outros métodos de identificação das pessoas violentas.

Concretamente, as liberdades de reunião e de expressão em espaços públicos frequentemente colidem com outros direitos ou bens jurídicos. Esse conflito pode estabelecer-se, por exemplo, com a liberdade ambulatorial de quem se vê impedido de trafegar por uma via utilizada por um grupo de manifestantes, mas também pode colidir com a integridade pessoal ou com a propriedade pública ou privada, nos casos em que há alteração da ordem pública.

1003 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Öllinger c. Áustria*, n.º 76900/01, 29 de setembro de 2006.

De fato, o que movimenta as leis que proíbem o encobrimento do rosto em reuniões públicas é a intenção de evitar que pessoas mascaradas aproveitem a dificuldade da sua identificação para cometer delitos ou causar perturbação à ordem pública. Trata-se de uma preocupação legítima.

No Brasil, a Constituição Federal é silente quanto ao assunto e a insegurança jurídica é fomentada pela ausência de legislação federal. Aproveitando-se dessa lacuna, alguns Estados-membros aprovaram leis que, em geral, proíbem o uso de máscaras em protestos e manifestações. Citem-se, a exemplo, os Estados do Rio de Janeiro (Lei nº 6.528, de 11 de setembro de 2013), Minas Gerais (Lei nº 21324, de 17 de junho de 2014) e São Paulo (Lei nº 15.556, de 29 de agosto de 2014).

O tema foi levado para apreciação do Supremo Tribunal Federal por meio do ARE 905149/RJ e, em 26 de agosto de 2016, o Tribunal, por unanimidade, reputou a questão constitucional. Enquanto a Corte Suprema não decide o tema, convém expor a polêmica e apresentar algumas ideias centrais que podem contribuir para a solução dessa delicada controvérsia de índole constitucional.

A discussão sobre a constitucionalidade de medidas legislativas dessa natureza nos conduz a uma questão precedente, sobre a natureza bifronte do anonimato: ao tempo em que protege manifestantes do estigma social decorrente da manifestação de uma ideia minoritária, dificulta gravemente a imposição de medidas legais contra quem abusa dos seus direitos.

Em um regime repressivo, o anonimato permite que dissidentes protestem contra o governo sem medo da prisão - ou de consequências mais graves; já em um ambiente democrático, permite que os autores sejam julgados exclusivamente pelo mérito de suas palavras e que pessoas denunciem publicamente casos de corrupção ou ilegalidade sem medo de represálias (Kaminski 2012).

O Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos para a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e expressão David Kaye, observou que o anonimato tanto protege quanto desenvolve a liberdade de expressão (2015). Há que se reconhecer, portanto, que a possibilidade de ocultação da própria identidade em manifestações não é *per se* algo nocivo à democracia. Antes, tende a robustecê-la.

No entanto, o anonimato pode implicar irrastrabilidade dos perpetradores, impedindo que sejam descobertos e se lhes imponham as consequências previstas em lei pelos ilícitos cometidos. Não se pode ignorar que a máscara - ou qualquer adereço que se use para ocultar o rosto - pode servir de escudo contra a ação das autoridades públicas. Como resolver esse conflito entre segurança e liberdade? Com o propósito de buscar uma melhor ilustração do tema em estudo, convém analisar o problema num contexto global.

Diversos países possuem leis que proíbem o ocultamento do rosto em protestos e manifestações públicas, a exemplo da Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Canadá, Dinamarca, Egito, Estados Unidos, França, Hungria, Itália, Noruega, Reino Unido, Rússia, Suécia e Turquia.

O Relator Especial da ONU sobre a liberdade de reunião já demonstrou preocupação sobre as ações de inteligência utilizadas pelas autoridades na Inglaterra para coletar os nomes dos manifestantes, inclusive dos que se comportam conforme a lei (2013). Na Turquia, que protagoniza um dos cenários mais ameaçadores ao direito de reunião, foi aprovada uma lei de segurança nacional em 2015, que prevê pena superior a cinco anos para quem cobre o rosto em manifestações públicas e permite às autoridades realizar a identificação datiloscópica e fotográfica dos manifestantes sem necessidade de autorização judicial.

Nos Estados Unidos, tanto a Suprema Corte quanto as Cortes Estaduais de Califórnia, Flórida, Texas, Tennessee, Indiana, e Ohio já decidiram pela inconstitucionalidade de leis que proibiam o uso de máscaras em manifestações e protestos, por várias razões, desde a ausência de clareza das leis proibitivas até por considerações sobre a estreita relação entre o direito de reunião e a liberdade de expressão (Kaminski 2012).

O rechaço às legislações que proíbem o uso de máscaras em reuniões pacíficas também foi expressado pelo Relator Especial para os Direitos à Liberdade de Reunião Pacífica e de Associação do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, que afirmou o seguinte (2014):

33. Pode haver razões legítimas e não criminais para o uso de máscara ou cobertura de rosto durante uma manifestação, incluindo o medo de represálias. Por exemplo, no Egito, o artigo 6 da lei de 2013 sobre protestos e manifestações proíbe o uso de uma máscara para esconder o rosto durante qualquer assembléia. Essa disposição não contém exceções e pode ser usada para discriminar mulheres que usam o niqab, impedindo-as de participar de reuniões ou protestos públicos. Essas leis também podem ser usadas contra indivíduos com deficiências médicas que usam máscaras para fins médicos. Certos movimentos pacíficos de protesto no mundo árabe, Europa Ocidental, América do Norte e outros lugares adotaram o uso da máscara de Guy Fawkes como emblema. A máscara é particularmente popular entre os movimentos de protesto de jovens e estudantes. A colocação dessa máscara pode ser tanto uma declaração política - uma maneira de se identificar com os colegas manifestantes e um movimento mundial - quanto uma tentativa de ocultar a identidade.

Em sentido contrário, o Conselho Constitucional Francês e a Corte Constitucional da Bélgica entenderam que a proibição do uso de vestimenta ou acessório que oculte a face em público não viola nenhum direito fundamental e está em harmonia com suas respectivas constituições e com a Convenção Europeia de Direitos Humanos (Brems, 2013).

Apesar da Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda não ter decidido sobre o assunto, Relator Especial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a liberdade de expressão já afirmou que a simples utilização de máscaras por manifestantes não pode resultar na ilicitude da reunião. Em suas palavras (2019):

88. O uso de bandanas, máscaras, capuzes, bonés, mochilas e outros tipos de roupas e acessórios em manifestações públicas é muito comum. Esses elementos não podem ser considerados sinais suficientes de ameaça de violência, nem ser usado como base para dispersão, detenção ou repressão de manifestantes. A CIDH enfatizou que, em uma democracia, os Estados devem agir com base na legalidade de protestos ou manifestações públicas e no pressuposto de que não constituem uma ameaça à ordem pública. Isso implica uma abordagem focada no fortalecimento da participação política e na construção de níveis mais altos de participação cidadã.

A Corte Europeia de Direitos Humanos apresenta farta jurisprudência sobre o assunto. Na oportunidade em que teve de analisar a validade de uma lei francesa que proibia a ocultação do rosto em espaços públicos, a Corte entendeu que a lei era compatível com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, mas sua análise limitou-se aos direitos de respeito à vida privada e familiar (art. 8º), liberdade de religião (art. 9º) e proibição de discriminação (art. 14).

Na ocasião, entendeu-se que não foi comprovada a alegação de que a lei privava a peticionante da possibilidade de usar véus islâmicos em espaços públicos, de modo que, para a Corte, inexistia relação da lei francesa com os direitos à liberdade de expressão (art. 10) e de reunião e associação (art. 11)¹⁰⁰⁴. O Tribunal desperdiçou uma grande oportunidade de lançar diretrizes sobre esse complexo assunto.

Do exposto, nota-se não haver na jurisprudência internacional com consenso seguro sobre o tema. Se, por um lado, a mera citação de legislação e decisões estrangeiras não é suficiente para autorizar a conclusão de que normas desse tipo seriam plenamente válidas em nosso ordenamento jurídico, por outro, também não se pode ignorar fenômeno legislativo de proporção mundial. No mínimo, a proibição legal de ocultação do rosto em ambientes públicos parece revelar um relevante *desacordo moral*.

Ainda na tentativa de utilizar a análise do direito comparado para obter-se balizas interpretativas, convém destacar que as diversas leis sobre o assunto apresentam conteúdo bastante variado. Em extenso estudo sobre o tema, Margot Kaminski identificou seis tipos de leis: (i) criminalizam todo o uso de máscaras em público; (ii) criminalizam o uso de máscaras apenas quando presente a intenção de ocultar a identidade; (iii) exigem, além da intenção de ocultar a identidade, o propósito de privar outra pessoa de seus direitos; (iv) penalizam o uso de máscaras quando alguém as utiliza com o propósito de ferir direitos de outras pessoas e, efetivamente, o faz – requer, portanto, intenção

1004 Corte Europeia de Direitos do Homem, *S.A.S c. França (GC)*, n.º 43835/11, 1 de julho de 2014.

e ação; (v) penaliza o uso de máscara com o propósito de cometer crimes – exige mais do que a simples ofensa a direitos de outras pessoas; (vi) criminaliza o uso de máscara durante a prática de crime – diferencia-se da categoria anterior porque aquela permite a prisão antes da prática criminosa, enquanto esta exige o início de atos executórios (Kaminski, 2012).

Já no plano doméstico, diversamente do que ocorre na maioria dos países, a vedação ao anonimato possui assento constitucional (art. 5º, inciso IV). Isso poderia levar o intérprete a concluir pela impossibilidade absoluta da ocultação ou do uso de disfarces em público, entretanto, exatamente por resultar de uma restrição à liberdade fundamental de expressão – com inegável reflexo sobre a liberdade de reunião – essa previsão deve ser interpretada restritivamente. O que a Constituição pretendeu foi instituir o modelo da liberdade de expressão com responsabilidade, ou seja, aquele que abusar no exercício do direito e causar dano ilegítimo a outrem, deve repará-lo.

Todavia, a simples presença em público com o rosto dissimulado não afeta diretamente direitos de terceiros, não se podendo falar em responsabilização ou dano a ser reparado. Assim, a vedação abstrata do uso de máscaras e outros adereços em reuniões públicas não está autorizada automática e imediatamente no art. 5º, inciso IV da Constituição Federal. O programa normativo não parece autorizar a conclusão de que toda pessoa está obrigada a comparecer em reuniões públicas sem máscaras, gorros, burcas ou quaisquer outros adereços que ocultem a face.

Se alguém, embora utilizando máscaras, comparece a uma manifestação pública portando documento de identificação, não se pode falar, rigorosamente, em anonimato. Daí porque a restrição constitucional não parece validar, por si só, leis que proíbam tal conduta.

Não se pode presumir má-fé de quem pretende ocultar o próprio rosto, pois há diversos motivos que justificam a inconveniência ou temor da exposição em reuniões públicas. O uso de máscaras, disfarces e outros adereços que ocultam o rosto pode estar inserido tanto num contexto de prática cultural (a exemplo das marchas de carnaval ou eventos *cosplay*), como no de defesa contra represálias de agentes estatais ou particulares que discordam da mensagem veiculada, e até mesmo de práticas religiosas, a exemplo das burcas e nicabes.

Aplicando-se a regra da proporcionalidade a esse conflito entre direitos fundamentais, chega-se à conclusão de que a proibição ampla do encobrimento da face em espaços públicos é inconstitucional porque, apesar de fomentar a segurança pública, criando um efeito dissuasório contra quem poderia ter a intenção de praticar atos de violência (adequação), e não se vislumbrar uma medida de igual eficácia que seja menos gravosa (necessidade), agride de maneira desproporcional os direitos de todos os manifestantes, com o fim de coibir poucas pessoas eventualmente mal intencionadas (proporcionalidade em sentido estrito).

Mas daí não resulta ser toda e qualquer lei que proíba o encobrimento do rosto em manifestações públicas inválida. No balanceamento entre a liberdade e a segurança, o excesso de regulação tende a suprimir o núcleo daquela e provocar uma estagnação cultural, mas a liberdade completamente desregrada pode produzir o caos social. Há que se buscar um *ponto ótimo* na restrição desses bens constitucionais.

Nessa constante busca pelo equilíbrio, seria adequada uma lei que alterasse o Código Penal, incluindo uma nova causa de genérica – à semelhança do concurso formal de delitos (art. 70 do Código Penal) e crime continuado (art. 71 do Código Penal) –, impondo ao juiz, na terceira fase de aplicação da pena, a majoração da pena caso haja prova de que o réu ocultou seu rosto com o objetivo de facilitar a prática do crime ou de conseguir impunidade.

O aumento da reprimenda penal, nesse caso, seria justificável pela maior reprovabilidade da conduta do agente que pratica o delito utilizando artifício que dificulta a aplicação da lei e, ao mesmo tempo, evita a inconveniente criação de tipo penal próprio.

No campo administrativo, existindo suspeita fundada de que determinado manifestante oculta o rosto com a intenção de praticar atos ilegais, a autoridade pública estaria autorizada a determinar a retirada da máscara ou outro artefato, proceder à identificação civil da pessoa e aplicar a sanção prevista no estatuto jurídico. Eventuais abusos ou ilegalidades cometidos pela autoridade sancionadora poderiam ser corrigidos mediante o acionamento de uma instância administrativa revisional ou, logicamente, pelo judiciário, tendo em conta o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A criação dessa proibição administrativa apresentaria um efeito profilático, pois tenderia a provocar um efeito dissuasório sobre os manifestantes mal intencionados, evitando a prática de infrações penais. E propiciaria maior segurança aos participantes bem intencionados, pois diminuiria o risco de haver violência nas reuniões públicas.

Na esteira da recomendação feita pela Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (2019), o uso de máscara, fantasia ou qualquer elemento de disfarce não deve ser proibido em uma reunião pacífica, desde que não sejam usadas com o objetivo de evitar a identificação de uma pessoa cujo comportamento crie uma causa provável para a prisão e que não criem um claro e iminente perigo de prática de condutas ilegais. Presentes essas circunstâncias, agentes estatais devem estar autorizados a exigir a identificação da pessoa com o fim de puni-la na forma da lei.

Esses parâmetros buscam, a um só tempo, estender a proteção decorrente da liberdade de reunião ao máximo de pessoas possível e impedir que tal direito seja exercido de maneira predatória, possibilitando sua restrição quando houver dano exagerado ou perigo iminente às demais pessoas.

4.4 OCUPAÇÃO DE PRÉDIOS PÚBLICOS

Não basta a liberdade de decidir realizar o encontro, importa ter a oportunidade de dispor dos correspondentes locais. Daí surge uma obrigação positiva do Estado: garantir o direito de acesso a lugares públicos para efeito de reuniões ou manifestações (Miranda, 2012). De fato, se um pequeno grupo de pessoas é convocado para pressionar a votação de determinada proposta legislativa em uma sessão da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e lá permanecem sem perturbar os trabalhos, sua retirada forçada representa indevida violação a esse direito.

Ainda a respeito dos bens públicos de uso especial, à semelhança do que ocorre com os eventos em espaços privados abertos ao público, o nível de tolerância exigido quanto aos inconvenientes decorrentes de protestos e manifestações não pode ser o mesmo para aquelas ocorridas em locais ao ar livre.

A liberdade de reunião não autoriza que pessoas invadam prédios públicos e os ocupem com a intenção deliberada de impedir ou perturbar o funcionamento dos serviços públicos ali desempenhados. O encontro deve respeitar as normas de segurança – as pessoas não estão dispensadas de se identificar e passar por revista pessoal, por exemplo – e não pode atrapalhar o funcionamento das atividades desenvolvidas no local.

4.5 OCUPAÇÃO PROLONGADA

Enquanto algumas reuniões duram apenas alguns minutos – a exemplo de *flash mobs* –, a maioria dura poucas horas e outras podem envolver até instalação de cabanas, tendas e outras estruturas não-permanentes para que os participantes mantenham o agrupamento por vários dias, semanas ou meses. Foi o que fez, por exemplo, o movimento *Occupy Wall Street* nos Estados Unidos.

Em *Éva Molnár c. Hungria*, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a dispersão pela polícia de um protesto ocorrido em uma praça pública foi razoável porque os participantes dispuseram de oito horas para expor suas opiniões¹⁰⁰⁵.

No caso *Nosov e outros c. Rússia*, em que manifestantes levantaram tendas e permaneceram durante dois meses protestando em praça pública, a Corte observou que a reunião “durou o suficiente para eles expressarem a posição do protesto e atraírem a atenção do público para suas preocupações”¹⁰⁰⁶. Por isso, concluiu que a dispersão pela polícia foi legítima.

Alguns países, a exemplo da Ucrânia, Sérvia, Rússia, Turquia e França, preferem estabelecer limitações na lei quanto à duração e horário das reuniões. Em algumas cidades da Ucrânia (Kiev, Sumy, Rivne, e Carcóvia), reuniões são proibidas depois das 22h ou 23h.

1005 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Éva Molnár c. Hungria*, n.º 10346/05, 7 de outubro de 2008.

1006 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Nosov e outros c. Rússia*, n.º 9117/04 e 10441/04, 7 de julho de 2014.

Na Sérvia, eventos públicos não podem ocorrer entre as 14h e 18h nem entre as 23h e 08h, tampouco podem durar mais de três horas. Já na Rússia, eles somente são permitidos entre as 19h e 22h, à exceção de comemorações nacionais ou eventos culturais (Peters e Ley, 2014).

Apesar de não existir no arcabouço normativo brasileiro um limite temporal para as reuniões, como já destacado, é da sua própria natureza que ela não se converta em presença permanente de pessoas em determinado local. Dada a ausência de marco legal em nosso ordenamento, a questão sobre até que ponto a duração das reuniões pode se prolongar deve ser analisada de acordo com as circunstâncias de cada caso.

É possível indicar duas linhas mestras que podem auxiliar nessa análise: (i) intensidade de perturbação nas vidas de terceiros; e (ii) visibilidade da demonstração pública. Nesse sentido, quanto maior o nível de interferência nos direitos de quem vive, trabalha no local da manifestação ou mesmo transita por ele, menor o grau de tolerância quanto à duração do encontro.

Por outro lado, quanto maior a exposição das ideias do grupo, menor a necessidade de que a reunião perdure por longo período. Se o objetivo do agrupamento público é a difusão de ideias e, por qualquer razão – atuação da imprensa, local da manifestação, presença de pessoas famosas etc. –, o grupo alcançou relevante visibilidade, razoável o encontro não deve se prolongar por muito tempo.

Em arremate, após um certo lapso de tempo longo o bastante para garantir que os participantes atraiam a atenção do público sobre as reivindicações ou ideias defendidas, a dispersão do grupo, sempre com o uso excepcional e progressivo da força, com o fim de garantir a ordem pública ou a proteção dos direitos de outros – por exemplo, condições sanitárias da praça ocupada ou o tráfego de veículos e pedestres – não substancia ingerência excessiva na liberdade de reunião.

4.6 BLOQUEIO DE VIAS PÚBLICAS

A liberdade de reunião compreende o direito a manifestações em vias públicas que bloqueiem o trânsito de terceiros?

Toda manifestação pública pode causar algum nível de perturbação na vida dos não participantes, especialmente na liberdade de locomoção. Ao mesmo tempo em que o Estado deve se esforçar para limitar os efeitos inevitáveis de manifestações em vias públicas sobre a liberdade de locomoção, esse interesse deve ser equilibrado com o dos manifestantes, que buscam atrair a atenção das pessoas para suas ideias.

Tal como observou a Corte Europeia de Direitos Humanos, perturbações decorrentes do exercício normal da liberdade de reunião, por si sós, não justificam uma interferência no direito fundamental e é importante que as autoridades públicas de-

monstrem um certo grau de tolerância¹⁰⁰⁷, desde que o objetivo perseguido seja a demonstração pública de opiniões. Ou seja, a interferência nos direitos de terceiros deve ser efeito colateral do encontro em local público, e não resultado de uma intenção de prejudicar outras pessoas.

Vale destacar que, na opinião da Corte Europeia de Direitos Humanos, apesar de frequente nas sociedades modernas, a obstrução deliberada do tráfego e do curso normal da vida como forma de exercício da liberdade de reunião, perturbando gravemente as atividades desenvolvidas por terceiros, não está inserida no núcleo essencial desse direito.

O julgamento paradigmático sobre o assunto na Corte Europeia de Direitos Humanos foi o caso *Kudrevičius e outros c. Lituânia*. Tratou-se de um bloqueio das três maiores estradas da Lituânia por fazendeiros durante 48 horas, num protesto contra medidas legislativas que foram adotadas pelo governo. No caso, a obstrução quase completa das três principais rodovias locais em flagrante desrespeito às ordens policiais e às necessidades e direitos dos usuários da estrada foi qualificada pela Corte como repressível porque a perturbação causada às outras pessoas excedeu o que normalmente se espera de uma manifestação¹⁰⁰⁸.

No mesmo julgamento, a Corte fez amplo estudo sobre a regulação concernente ao uso de veículos para obstruir o tráfego no contexto de manifestações públicas em 35 países integrantes do Conselho da Europa. É notável a ausência de tratamento uniforme da obstrução do tráfego em vias públicas no continente europeu. Tal fato constitui crime *per se* na Alemanha, Azerbaijão, Bélgica, França, Grécia, Irlanda, Itália, Portugal, Romênia, Turquia e Reino Unido, e implica causa de aumento da pena caso resulte em dano a pessoas ou bens ou envolva certas condutas ilegais na República Tcheca, Geórgia, Hungria, Macedônia, Moldávia, Rússia, Suíça e Ucrânia. Finalmente, é qualificada como ilícito administrativo na Bosnia-Herzegovina, Bulgária, Croácia, Estônia, Finlândia, Letônia, Moldávia, Luxemburgo, Polônia, Rússia, Sérvia, Eslováquia e Suíça.

No Brasil, apenas recentemente proibiu-se o uso deliberado de veículo para obstruir a circulação na via, o que ocorreu com a edição da Medida Provisória nº 699 de 2015, convertida na Lei nº 13.281 de 2016. Com isso, a conduta passou a configurar infração de trânsito gravíssima.

No entanto, a infração ocorre apenas quando a obstrução for realizada com uso de automóvel; se o pedestre o fizer, não haverá ilícito administrativo, pois a inserção do inciso VII no art. 254 do Código de Trânsito Brasileiro, que proibiria essa conduta, foi vetada pela então Presidente da República. Nas razões do veto, lê-se o seguinte:

1007 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Berladir e outros c. Rússia*, n.º 34202/06, 19 novembro 2012.

1008 Corte Europeia de Direitos do Homem, *Kudrevičius e outros c. Lituânia*, n.º 37553/05, 15 de outubro de 2015.

Os dispositivos representariam grave ofensa às liberdades de expressão e de manifestação, direitos constitucionalmente assegurados e que só admitiriam restrição em situação de colisão com outros direitos constitucionais. Além disso, busca-se regular o exercício daqueles direitos em diploma reservado a regular o trânsito, estranho portanto ao seu conteúdo.

A proibição legal, tal como aprovada pelo parlamento brasileiro, proibiria manifestação em via pública “sem autorização do órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre ela”, ou seja, poderia impedir a realização de toda e qualquer reunião em via pública, já que é inerente a ela certo grau de perturbação no tráfego. Disso resultaria a completa proibição *ex ante* de qualquer evento desse tipo em ruas, estradas e avenidas, ainda que a interferência no tráfego pudesse ser evitada pelas autoridades.

Ocorre que o veto revela-se de pouca utilidade porque o art. 95 do Código de Trânsito Brasileiro já proíbe a realização de “evento que possa perturbar ou interromper a livre circulação de veículos e pedestres, ou colocar em risco sua segurança, será iniciada sem permissão prévia do órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre a via”.

Isso não significa, no entanto, que toda e qualquer reunião em via pública deva ser precedida de autorização da entidade de trânsito. É que o art. 95 do CTB deve ser interpretado à luz do art. 5º, XVI da Constituição Federal, que expressamente dispensa a necessidade de autorização e exige apenas prévio aviso à autoridade competente.

Assim, é possível a realização de reuniões em vias públicas mesmo sem prévia autorização da entidade de trânsito, mas é preciso ter em conta o potencial danoso que esse modo de exercício de direito pode provocar sobre terceiros. Em outras palavras, por implicar resultados prejudiciais a diversas pessoas, o bloqueio de ruas, estradas e rodovias deve ser exercido com parcimônia.

Numa sociedade democrática, as pessoas têm acesso a variados meios de expressar coletivamente suas opiniões e defender seus interesses sem impedir intencionalmente legítimos interesses – econômicos e ou de locomoção – de outras pessoas. Basta pensar na internet para se concluir que nunca foi tão fácil disseminar ideias a uma quantidade quase incontrolável de pessoas.

Mesmo que determinado grupo decida bloquear vias públicas – em razão, por exemplo, da gravidade e urgência das reivindicações –, convém que os participantes não impeçam totalmente o fluxo de pessoas e veículos, seja reservando trecho da via para que eles transitem, seja fazendo desbloqueios intermitentes.

É importante também que os organizadores das reuniões escolham lugares que permitam o desvio do fluxo de pessoas e veículos para rotas alternativas, isto é, não bloqueiem vias públicas cuja interdição impeça totalmente o trânsito. Por exemplo, soa desproporcional o fechamento de uma ponte que constitui o único acesso a determinada cidade.

Se o objetivo da reunião pública é a exposição de alguma ideia e o modo utilizado prejudica severamente a comunidade local, certamente o foco será desviado da mensagem para o mensageiro. Ou seja, ao revés de angariarem adeptos, os participantes atrairão repulsa. O êxito da difusão de ideias e opiniões deve estar ancorado na força do argumento, e não no argumento da força.

Em suma, alguns parâmetros podem ser indicados para a análise da legalidade das reuniões que envolvam o bloqueio de vias públicas: (i) a interdição da via deve ser parcial ou, quando total, intercalada com momentos de liberação do trânsito; (ii) deve haver aviso prévio à autoridade competente, permitindo a adoção de medidas que diminuam os prejuízos causados pela interferência no trânsito e na rotina das pessoas; (iii) devem ser evitadas vias que não permitam o desvio do tráfego para rotas alternativas; (iv) a obstrução não pode durar mais do que algumas horas; (v) a obstrução deve ser um efeito da reunião, e não seu objetivo principal.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo dedicou-se a apresentar os padrões internacionais de interpretação sobre o direito à liberdade de reunião. A partir de entendimentos e decisões de organismos de proteção de direitos humanos, afirmou-se que o exercício desse direito deve ser garantido a todos, inclusive os não cidadãos e pessoas jurídicas ou grupos não registrados. Embora deva haver um caráter comunicativo comum entre as pessoas, a mensagem não precisa se qualificada como de interesse público. Não há limites temporais rígidos para os encontros, embora estes não possam ser tão curtos que não possibilitem a troca ou exposição de ideias e nem tão longos que se transmutem em ocupação definitiva do espaço público. O caráter pacífico deve ser presumido e eventuais manifestações de violência devem ser coibidas individualmente, sem que se considere ilícita toda a reunião.

Após a apresentação do âmbito de proteção do direito, passou-se a expor a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre os limites das restrições. Enfatizou-se que toda restrição deve passar por um teste de 3 fases: (i) deve estar prevista em lei; (ii) buscar proteger a segurança nacional, ordem, saúde e moral públicas e direitos de terceiros; e (iii) ser necessária em uma sociedade democrática. A fim de facilitar a compreensão dessas cláusulas, foram indicados alguns julgados em que a Corte aplicou cada uma delas.

Finalmente, foram abordados os problemas que os tempos atuais impõem àquele que deseja investigar o conteúdo e os limites dessa liberdade. Nesse sentido, afirmou-se que a simples ausência de prévio aviso não pode ser motivo suficiente para dispersar uma reunião, especialmente se ela consistir numa resposta imediata a um acontecimento imprevisto. Também não se pode proibir contramanifestações, ou seja, uma reunião

agendada para o mesmo local e horário de outra, com o objetivo de contestar suas ideias e reivindicações.

Ainda no capítulo sobre os desafios atuais da liberdade de reunião, após a apresentação dos diversos modelos de leis proibitivas da ocultação do rosto em reuniões públicas existentes em diversos países, defendeu-se que a proibição geral de uso de máscaras ou disfarces é incompatível com os principais tratados internacionais de direitos humanos porque o sacrifício imposto indistintamente a todos os manifestantes é superior ao benefício do eventual efeito dissuasório contra quem poderia ter a intenção de praticar atos de violência. Contudo, é possível que a lei preveja majoração da pena em caso de prova que o réu, que praticou um crime qualquer, ocultou seu rosto com o objetivo de facilitar a prática delitiva ou de conseguir impunidade.

Sobre a possibilidade de ocupações de prédios públicos, ponderou-se que elas devem respeitar as regras de acesso e de capacidade do local e não podem perturbar de maneira desproporcional os trabalhos ali desenvolvidos. Quanto aos bloqueios de vias públicas, sustentou-se que tal forma de protesto é legítima, mas também não pode causar uma interferência exagerada nos direitos das outras pessoas. Nesse sentido, foram apresentados alguns parâmetros para avaliar a licitude dos bloqueios: (i) a interdição da via deve ser parcial ou, quando total, intercalada com momentos de liberação do trânsito; (ii) deve haver aviso prévio à autoridade competente, permitindo a adoção de medidas que diminuam os prejuízos causados pela interferência no trânsito e na rotina das pessoas; (iii) devem ser evitadas vias que não permitam o desvio do tráfego para rotas alternativas; (iv) a obstrução não pode durar mais do que algumas horas; (v) a obstrução deve ser um efeito da reunião, e não seu objetivo principal.

A resposta a essas questões ainda indefinidas nos planos nacional e regional será mais adequada se forem aproveitadas as melhores práticas internacionais sobre o alcance e os limites da liberdade de reunião. Embora não haja entre as ordens jurídicas externa e interna uma relação de rígida subordinação hierárquica, todos os povos têm a ganhar quando aceitam definir-se reciprocamente em contato com o outro, permitindo uma espécie de fertilização cruzada entre seus ordenamentos jurídicos. Como observou Marcelo Neves no fim do seu livro sobre o transconstitucionalismo, o ponto cego, o outro pode ver (2009).

BIBLIOGRAFIA

BREMS, Eva. "Face Veil Bans in the European Court of Human Rights: The Importance of Empirical Findings." *Journal of Law and Policy*, 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Protesta y Derechos Humanos*. 2019. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>>

CONSELHO DA EUROPA. Rede de Lisboa. *The margin of appreciation*. Disponível em: <https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P250_32680>.

GÁRATE, Ivan Garcia. Artículo 9 Constitucional. Derecho de asociación y reunión. Vol. II, em *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, José Luis Caballero Ochoa e Christian Steiner. Fundación Konrad Adanauer, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, 2013. Disponível em: < <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/3.pdf>>.

GREER, Steven. *The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*. Estrasburgo: Council of Europe, 1997. Disponível em: <[https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-15\(1997\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-15(1997).pdf)>

KAMINSKI, Margot. Real masks and real name policies: Applying anti-mask case law to anonymous online speech. *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. LJ*, 2012. Disponível em: < <https://ir.lawnet.fordham.edu/iplj/vol23/iss3/2/>>

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo 4. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOWAK, Manfred. *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*. Kehl: NP Engel, 2005.

PETERS, Anne, e Isabelle Ley. Comparative study: freedom of peaceful assembly in Europe. 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.

OS DIREITOS SINDICAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: O ESTADO DA ARTE E AS POSSIBILIDADES DE DESENVOLVIMENTO

Renan Bernardi Kalil

RESUMO: A liberdade sindical, a negociação coletiva e a greve são direitos humanos fundamentais que formam o núcleo básico para proteger o direito ao trabalho e a condições laborais justas e satisfatórias. O objetivo deste artigo é sistematizar os parâmetros das obrigações estatais estabelecidos pelos órgãos do sistema interamericano sobre direitos sindicais e apontar os temas que demandam maiores desenvolvimentos. Adotamos o método analítico-descritivo, em que consolidamos os posicionamentos da Corte e da Comissão a partir de pesquisas em seus sítios eletrônicos. Na parte prospectiva, usamos como referência posicionamentos dos órgãos de controle da OIT. Concluímos que os direitos sindicais são de exigibilidade imediata e os casos em andamento na Corte e na Comissão os colocam em posição para avançar a efetivação dos direitos sindicais nas Américas.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade sindical; Negociação coletiva; Greve; Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Liberdade sindical; 3. Negociação coletiva; 4. Greve; 5. Atos antissindicais; 6. Possibilidades de desenvolvimentos e de avanços em parâmetros de obrigações estatais sobre direitos sindicais; 7. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A organização e a atuação coletivas dos trabalhadores tiveram papel fundamental na construção e afirmação de um ramo jurídico destinado a reconhecer a desigualdade econômica característica da relação de emprego e em dar tratamento jurídico a essa questão favoravelmente aos trabalhadores. Ou seja, o Direito do Trabalho é obra da ação coletiva dos trabalhadores. Desta forma, para que seja possível desenvolver a tutela destinada aos trabalhadores, adaptando-a conforme as mudanças que ocorrem na organização da produção e da economia, é essencial a existência de garantias e proteções à organização e atuação coletivas.

As organizações sindicais têm um papel relevante na defesa dos direitos humanos de trabalhadoras e trabalhadores, que enfrentam condições de trabalho precárias no continente americano. Os sindicatos são o instrumento de organização política e social de milhares de pessoas, uma vez que se consolidaram como uma das principais figuras de expressão política para a apresentação de reivindicações trabalhistas e sociais de diversos setores da sociedade¹⁰⁰⁹.

1009 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Relatório sobre a situação das defensoras e defensores de direitos humanos nas Américas*, 7 março 2006, parágrafo 209.

A liberdade sindical, a negociação coletiva e a greve são direitos humanos fundamentais que formam o núcleo básico para proteger o direito ao trabalho e a condições laborais justas e satisfatórias¹⁰¹⁰. O direito de sindicalização e de negociação coletiva são chaves na promoção da democracia, da boa governança do mercado de trabalho e de condições de trabalho dignas¹⁰¹¹.

O objetivo deste artigo é sistematizar o estado da arte dos parâmetros das obrigações estatais já estabelecidos pelos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos em matéria de direitos sindicais, ou seja, liberdade sindical, negociação coletiva e greve. A partir da consolidação dessas informações, pretende-se apontar os aspectos relacionados a esses direitos que demandam maiores desenvolvimentos e avanços por parte dos mencionados órgãos.

Adotamos o método analítico-descritivo, em que consolidamos os posicionamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre liberdade sindical, negociação coletiva e greve e avaliamos o seu estado da arte. Para tanto, realizou-se pesquisa no “buscador de jurisprudencia” da Corte Interamericana em seu sítio eletrônico no mês de janeiro de 2020, procurando os seguintes termos: “libertad sindical”, “negociación colectiva” e “huelga” nas partes de “casos contenciosos”, “medidas provisionales”, “supervisión de cumplimiento” e “opiniones consultivas”. Ainda, teve-se como referência a seção 2.1, sobre liberdade de associação, do “Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 22”, que trata dos posicionamentos mais relevantes sobre direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais do Tribunal.

A Comissão Interamericana não possui um sistema de pesquisa de parâmetros de obrigações estatais em seu sítio eletrônico. Desta forma, realizou-se busca de seus posicionamentos sobre liberdade sindical, negociação coletiva e greve a partir de pesquisa nos relatórios anuais, temáticos, de país e de petições e casos (em específico, os relatórios de mérito e casos na Corte) disponíveis online no mês de janeiro de 2020.

A análise realizada dos posicionamentos dos órgãos interamericanos de direitos humanos sobre os temas estudados e as indicações dos caminhos que podem ser tomados para o desenvolvimento dos parâmetros das obrigações estatais terá por base os posicionamentos da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Adotamos essa referência em razão de os próprios órgãos do sistema interamericano de direitos humanos o fazerem em determinadas situações, como a Corte no caso Baena Ricardo e outros contra Panamá e a Comissão, no Relatório n. 25/15 (Victor Manuel Isaza Uribe e fami-

1010 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Solicitud de parecer consultivo à Corte Interamericana de Derechos Humanos – Alcance das obrigações dos Estados, no âmbito do sistema interamericano, sobre as garantias à liberdade sindical, sua relação com outros direitos e sua aplicação com uma perspectiva de gênero*, 31 julho 2019, parágrafo 2.

1011 Organização Internacional do Trabalho, *Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento*, aprovada em 1998.

lia contra Colômbia), e pelo teor do art. 10 da Carta Democrática Interamericana¹⁰¹², que aponta que os princípios e direitos fundamentais do trabalho são essenciais para a promoção e o fortalecimento da democracia, dentre os quais estão a liberdade sindical e a negociação coletiva. Destacamos que a referida Carta, apesar de não ser um tratado, foi um dos instrumentos mencionados pela Corte no caso Lagos del Campo contra Peru para reconhecer que a proteção conferida pela liberdade sindical também abrange organizações não sindicais que possuem finalidade trabalhista.

O artigo está estruturado em cinco partes. Analisaremos o estado da arte dos posicionamentos dos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos sobre liberdade sindical, negociação coletiva, greve e atos antissindicais. Em seguida, apontaremos aspectos para o desenvolvimento de novos parâmetros de obrigações estatais em relação a esses temas. Concluímos indicando os casos que tanto a Corte como a Comissão podem avançar na tutela dos direitos sindicais nas Américas.

2. LIBERDADE SINDICAL

O sistema interamericano de direitos humanos dispõe sobre a liberdade sindical em quatro principais instrumentos. A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem estabelece em seu art. XXII que “toda pessoa tem o direito de se associar com outras a fim de promover, exercer e proteger os seus interesses legítimos, de ordem política, econômica, religiosa, social, cultural, profissional, sindical ou de qualquer outra natureza”. A Convenção Americana de Direitos Humanos consagra o direito à liberdade sindical em seu art. 16.1: “todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza”. O Protocolo de San Salvador, na alínea *a* de seu art. 8.1, trata desse direito de forma mais específica e assegura “o direito de todos os trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses. Como projeção deste direito, os Estados-Partes permitirão aos sindicatos formar federações e confederações nacionais e associar-se às já existentes, bem como formar organizações internacionais e associar-se à de sua escolha. Os Estados-Partes também permitirão que os sindicatos, federações e confederações funcionem livremente”.

A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), apesar de não ser um tratado de direitos humanos propriamente dito, uma vez que tem como principal objetivo criar a mencionada Organização, prevê em seu art. 45, *c* que “os Estados membros,

1012 “A promoção e o fortalecimento da democracia requerem o exercício pleno e eficaz dos direitos dos trabalhadores e a aplicação de normas trabalhistas básicas, tal como estão consagradas na Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Acompanhamento, adotada em 1998, bem como em outras convenções básicas afins da OIT. A democracia fortalece-se com a melhoria das condições de trabalho e da qualidade de vida dos trabalhadores do Hemisfério”.

convencidos de que o Homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos: (...) c) os empregadores e os trabalhadores, tanto rurais como urbanos, têm o direito de se associarem livremente para a defesa e promoção de seus interesses, inclusive o direito de negociação coletiva e o de greve por parte dos trabalhadores, o reconhecimento da personalidade jurídica das associações e a proteção de sua liberdade e independência, tudo de acordo com a respectiva legislação”.

Os órgãos do sistema interamericano de direitos humanos tiveram a oportunidade de desenvolver parâmetros das obrigações estatais sobre a liberdade sindical em algumas ocasiões, especialmente pela previsão deste direito no art. 16 da Convenção Americana. Ainda não foi analisado caso em que se identificou a violação do art. 8.1, *a* do Protocolo de San Salvador¹⁰¹³. Destacamos a indicação da existência de uma dimensão individual e uma dimensão coletiva (ou social) deste direito e de obrigações positivas e negativas dos Estados. Além disso, há considerações sobre as relações entre liberdade sindical e liberdade de expressão.

A liberdade sindical é central para a defesa dos interesses legítimos dos trabalhadores, fazendo parte do *corpus juris* dos direitos humanos¹⁰¹⁴. Encontra-se na convergência dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais e é essencial para o exercício das liberdades individuais e coletivas e para a busca da justiça social¹⁰¹⁵. Trata-se de um instrumento que oferece aos trabalhadores meios para defender seus interesses de forma adequada e para reduzir a desigualdade econômica que é nota distintiva da relação de trabalho, além de contribuir para a diminuição da pobreza e para melhorar a distribuição de renda. A organização e a ação coletivas permitem a um grupo de trabalhadores lutar por melhores condições de trabalho, tanto em face do Estado, como diante de empregadores¹⁰¹⁶.

1013 O artigo 19, 6 do Protocolo de San Salvador reconhece expressamente a competência da Comissão e da Corte para se manifestarem sobre violações ao art. 8.1, *a* do Protocolo: “Caso os direitos estabelecidos na alínea *a* do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”.

1014 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Baena Ricardo e outros c. Panamá*. Fundo, Reparações e Custas, 2 de fevereiro de 2001, Série C, n. 72, parágrafo 158.

1015 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Solicitud de parecer consultivo à Corte Interamericana de Derechos Humanos – Alcance das obrigações dos Estados, no âmbito do sistema interamericano, sobre as garantias à liberdade sindical, sua relação com outros direitos e sua aplicação com uma perspectiva de gênero*, 31 julho 2019, parágrafo 11. No mesmo sentido, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2017, p. 220) afirma que “la naturaleza de los derechos sindicales es un claro ejemplo de como los principios de indivisibilidad e interdependencia se ponen de manifiesto entre las disposiciones de la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador, pues la violación de un derecho conlleva la violación del otro”.

1016 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Solicitud de parecer consultivo à Corte Interamericana de Derechos Humanos – Alcance das obrigações dos Estados, no âmbito do sistema interamericano, sobre as garantias à liberdade sindical, sua relação com outros direitos e sua aplicação com uma perspectiva de gênero*, 31 julho 2019, parágrafo 12; Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Quarto Relatório sobre a situação dos direitos humanos na Guatemala*, 1 junho 1993, Capítulo IX.

A liberdade sindical é uma das vertentes da liberdade de associação e uma liberdade autônoma (MAC-GREGOR, 2017, p. 216). É a faculdade de os trabalhadores constituírem organizações sindicais e de colocarem em funcionamento sua estrutura interna, atividades e programas de ação, sem a intervenção das autoridades públicas que limitem ou dificultem o seu exercício. As pessoas não devem sofrer coação por se associarem aos sindicatos. Trata-se do direito fundamental de associação para a consecução de um fim lícito sem pressões ou interferências que possam comprometer a sua finalidade. Ou seja, no caso específico da liberdade sindical, é o direito de os trabalhadores se agruparem com o intuito de alçarem um objetivo comum lícito – relacionado com a sua atividade laboral – e a correspondente obrigação de o Estado não intervir de forma que subverta esse fim¹⁰¹⁷. As possibilidades de atuação dos órgãos do governo em matéria sindical devem ser restritas e redigidas de maneira clara e sem ambiguidades¹⁰¹⁸.

O Estado deve reconhecer a autonomia e a independência dos sindicatos¹⁰¹⁹. A organização sindical livre e sem interferências indevidas do Estado é um elemento importante de qualquer sistema democrático. Engloba a possibilidade de os trabalhadores estabelecerem, de forma livre e espontânea, os seus estatutos para regular o funcionamento das organizações sindicais¹⁰²⁰. Ainda, envolve a garantia de os trabalhadores terem o direito de elegerem e serem eleitos para dirigir suas entidades sem que o Estado se imiscua nessas atividades e sem que autoridades públicas incluam pessoas distintas dos afiliados no processo eleitoral¹⁰²¹. Da mesma forma, a decisão sobre a possibilidade de reeleger os dirigentes sindicais deve ser tomada exclusivamente pelos associados das entidades, como expressão do seu direito de eleger livremente os seus representantes¹⁰²². O Estado não pode determinar a pessoa que será a representante dos trabalhadores, assim como não pode orientá-la e controlá-la¹⁰²³.

1017 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Baena Ricardo e outros c. Panamá*. Fondo, Reparaciones e Custas, 2 de febrero de 2001, Serie C, n. 72, parágrafo 156; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Huilca Tecse c. Peru*. Fondo, Reparaciones e Custas, 3 de marzo de 2005, Serie C, n. 121, parágrafo 69; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cantoral Huamani e García Santa Cruz c. Peru*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones e Custas, 10 de julio de 2007, Serie C, n. 167, parágrafo 144; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *García e familiares c. Guatemala*. Fondo, Reparaciones e Custas, 29 de noviembre de 2012, Serie C, n. 258, parágrafo 116; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Lagos del Campo c. Peru*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones e custas, 31 de agosto de 2017, Serie C, n. 340, parágrafo 156; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Saul Isaac Cantoral Huamani e Consuelo Trinidad García Santa Cruz*, Peru, Relatorio No. 76/05, Petición No. 10.435, 21 febrero 2006, parágrafo 113; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Edgar Fernando García*, Guatemala, Relatorio n. 117/10, Caso No. 12.343, 22 outubro 2010, parágrafo 161; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Victor Manuel Isaza Uribe e familia c. Colombia*, Relatorio n. 25/15, Caso No. 10.737, 21 julho 2015, parágrafo 143.

1018 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Relatório anual 2004*, 25 fevereiro 2005, parágrafo 317.

1019 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Victor Manuel Isaza Uribe e familia c. Colombia*, Relatorio n. 25/15, Caso No. 10.737, 21 julho 2015, parágrafo 145.

1020 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Paraguai*, 28 setembro 1987, Capítulo VI.

1021 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Paraguai*, 28 setembro 1987, Capítulo VI; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Relatório sobre a situação dos Derechos Humanos na Venezuela*, 24 outubro 2003, parágrafo 513 e 521.

1022 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Democracia e derechos humanos na Venezuela*, 30 dezembro 2009, parágrafo 1088.

1023 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Relatório sobre a situação dos direitos humanos na República da Bolivia*, 13 outubro 1981, Capítulo V.

A liberdade sindical engloba um direito e uma liberdade, segundo o art. 16 da Convenção Americana. É o direito de formar associações sem outras restrições que as previstas nos incisos 2 e 3 do art. 16 da Convenção Americana, que são, respectivamente: “o exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas” e “o disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia”. É a liberdade de toda pessoa não ser forçada ou obrigada a se associar a uma entidade, como indicado no inciso 3 do art. 8 do Protocolo de San Salvador¹⁰²⁴.

A liberdade sindical possui duas dimensões. A individual envolve o reconhecimento do direito de o trabalhador formar sindicatos e de utilizar todos os meios apropriados para exercer a liberdade sindical. A liberdade em se associar a uma entidade sindical e a busca por determinados fins coletivos são indivisíveis, sendo que uma limitação à primeira implica uma restrição direta à segunda. Por isso deve haver uma adequação entre a regulação da organização sindical e o papel do Estado nesse âmbito, de modo que as possibilidades de ação estatal não inviabilizem o exercício do direito¹⁰²⁵.

A dimensão coletiva (ou social) da liberdade sindical permite que os integrantes de um grupo ou de uma coletividade trabalhista possam atingir determinados objetivos conjuntamente e se beneficiar dos resultados alcançados¹⁰²⁶. Ambas as dimensões devem ser asseguradas de forma simultânea¹⁰²⁷.

A liberdade sindical pressupõe o poder de escolher como exercê-la. Desta forma, não há liberdade sindical se o poder de o trabalhador em se associar é inexistente ou limitado a ponto de não poder colocá-lo em prática. Nesse sentido, é dever do Estado garantir que os trabalhadores possam exercer livremente a liberdade sindical sem temor de estarem sujeitos a alguma forma de violência, sob pena de minar a capacidade das entidades se organizarem para protegerem os seus interesses¹⁰²⁸. A liberdade sindical

1024 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Baena Ricardo e outros c. Panamá*. Fundo, Reparaciones e Custas, 2 de fevereiro de 2001, Série C, n. 72, parágrafos 159 e 168; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Lagos del Campo c. Peru*. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 31 de agosto de 2017, Série C, n. 340, parágrafo 156.

1025 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Huilca Tecse c. Peru*. Fundo, Reparaciones e Custas, 3 de março de 2005. Série C, n. 121, parágrafo 70; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Lagos del Campo c. Peru*. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 31 de agosto de 2017, Série C, n. 340, parágrafo 156.

1026 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Huilca Tecse c. Peru*. Fundo, Reparaciones e Custas, 3 de março de 2005. Série C, n. 121, parágrafo 71.

1027 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Huilca Tecse c. Peru*. Fundo, Reparaciones e Custas, 3 de março de 2005. Série C, n. 121, parágrafo 72; Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Saul Isaac Cantoral Huamani e Consuelo Trinidad García Santa Cruz*, Peru, 21 fevereiro 2006, parágrafo 116.

1028 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Huilca Tecse c. Peru*. Fundo, Reparaciones e Custas, 3 de março de 2005. Série C, n. 121, parágrafo 77; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cantoral Huamani e García Santa Cruz c. Peru*. Exceções preliminares, Fundo, Reparaciones e Custas, 10 de julho de 2007, Série C, n. 167, parágrafo 146; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *García e familiares c. Guatemala*. Fundo, Reparaciones e Custas, 29 de novembro de 2012, Série C, n. 258, parágrafo 117; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Isaza Uribe e outros c. Colombia*. Fundo, Reparaciones e Custas, 20 de novembro de 2018, Série C, n. 363, parágrafo 145; Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Saul Isaac Cantoral Huamani e Consuelo Trinidad García Santa Cruz*, Peru, Relatório No. 76/05,

somente pode ser exercida em um contexto no qual os direitos humanos fundamentais são respeitados e garantidos¹⁰²⁹. A decisão de os trabalhadores se organizarem coletivamente não pode justificar ataques, represálias ou sanções¹⁰³⁰.

A postura estatal para assegurar as condições adequadas para o exercício da liberdade sindical envolve obrigações positivas e negativas. Em relação às primeiras, mencionamos como exemplos medidas para prevenir as ameaças à liberdade sindical, proteger os seus titulares e investigar as violações cometidas por atores estatais e não estatais¹⁰³¹, além de permitir e incentivar a geração de condições adequadas para a efetivação da liberdade sindical¹⁰³². Todas têm ligação com obrigações de garantia.

No tocante às segundas, há o dever do Estado de não interferir ou praticar intervenções que alterem ou prejudiquem a finalidade da organização sindical¹⁰³³, de abster-se em criar barreiras legais ou políticas que impeçam os sindicatos, federações e confederações de terem um livre funcionamento e o direito de se associarem¹⁰³⁴ e de não obstruir as instalações dos sindicatos e não intervir nas contas bancárias das entidades¹⁰³⁵. Todas guardam relação com as obrigações de respeito.

A legitimidade para acionar o sistema interamericano para a tutela dos direitos sindicais é dos sindicatos, federações e confederações, com base no art. 8.1, *a* e no art. 19.6 do Protocolo, em face de um Estado que tenha ratificado o mencionado tratado, além das próprias pessoas que foram vítimas de violações¹⁰³⁶. Ainda, sindicatos, federações e confederações podem representar seus associados por violações de direitos de seus membros em casos apresentados perante a Comissão ou a Corte, desde que o Estado tenha ratificado a Convenção Americana, tendo em vista o enunciado pelo art. 44 deste tratado¹⁰³⁷. Ou seja, os trabalhadores e as entidades sindicais são titulares de direitos

Petição No. 10.435, 21 fevereiro 2006, parágrafo 117; Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Victor Manuel Isaza Uribe e família*, Colômbia, Relatório n. 25/15, Caso No. 10.737, 21 julho 2015, parágrafo 143; Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Democracia e direitos humanos na Venezuela*, 30 dezembro 2009, parágrafo 1116.

1029 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Cantoral Huamani e García Santa Cruz c. Peru*. Exceções preliminares, Fundo, Reparações e Custas, 10 de julho de 2007, Série C, n. 167, parágrafo 146.

1030 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Demanda ante a Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a República do Panamá – Caso No. 11.325: Trabajadores dispensados pela Lei 25 de 1990 c. Panamá*, 18 janeiro 1998, parágrafo 179.

1031 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Lagos del Campo c. Peru*. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 31 de agosto de 2017, Série C, n. 340, parágrafo 155; Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Edgar Fernando García c. Guatemala*, Relatório n. 117/10, Caso No. 12.343, 22 outubro 2010, parágrafo 161.

1032 Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião consultiva No. 22/16, 26 de fevereiro de 2016, Série A, n. 22, parágrafo 101.

1033 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Lagos del Campo c. Peru*. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 31 de agosto de 2017, Série C, n. 340, parágrafo 155.

1034 Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião consultiva No. 22/16, 26 de fevereiro de 2016, Série A, n. 22, parágrafo 102.

1035 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Baena Ricardo e outros c. Panamá*. Fundo, Reparações e Custas, 2 de fevereiro de 2001, Série C, n. 72, parágrafo 171; Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Relatório sobre a situação dos direitos humanos na República da Bolívia*, 13 outubro 1981, Capítulo V.

1036 Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião consultiva No. 22/16, 26 de fevereiro de 2016, Série A, n. 22, parágrafo 103.

1037 Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião consultiva No. 22/16, 26 de fevereiro de 2016, Série A, n. 22, parágrafo 105.

sindicais no sistema interamericano de direitos humanos. Os sindicatos são entidades de primeiro grau que organizam trabalhadores de uma mesma profissão ou que atuam em atividades similares. As federações são entidades de segundo grau que organizam sindicatos. As confederações são entidades de terceiro grau e organizam federações e sindicatos (MAC-GREGOR, 2017, p. 217-218).

Existe uma relação direta entre liberdade sindical e liberdade de expressão. A Corte entende que o conteúdo do direito à liberdade de expressão e de pensamento, previsto no art. 13 da Convenção Americana, tutela o direito de buscar, receber e difundir ideias e informações de toda a natureza e de receber e conhecer as ideias difundidas pelos outros¹⁰³⁸. O direito à liberdade de expressão é assegurado individualmente, como a uma determinada pessoa, e coletivamente, como um grupo de pessoas ou integrantes de uma profissão¹⁰³⁹. De acordo com o Tribunal, “a liberdade de expressão é pedra angular na existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também uma condição *sine qua non* para que (..) os sindicatos e, em geral, aqueles que desejam influir a comunidade possam se desenvolver plenamente”¹⁰⁴⁰. Desta forma, a liberdade de expressão é uma condição necessária para que as organizações sindicais tenham meios de proteger os direitos trabalhistas e de buscar a melhoria das condições e dos interesses dos trabalhadores¹⁰⁴¹.

O direito à liberdade de expressão deve ser assegurado quando as relações de trabalho são regidas tanto pelo direito público como pelo direito privado. As obrigações estatais para assegurar esse direito para as entidades sindicais envolvem medidas de respeito e de garantia, de forma que os trabalhadores e seus representantes possam exercê-lo. Ainda, nas situações em que existe um interesse público, como ocorre com aqueles que exercem cargos de representação de trabalhadores – sindical e não sindical –, demanda-se um reforço da proteção da liberdade de expressão¹⁰⁴².

O direito à liberdade de expressão nas relações de trabalho abrange as manifestações destinadas à promoção da melhoria das condições de trabalho, das reivindicações dos trabalhadores e do debate nos processos eleitorais internos de entidades, tendo em vista que se inserem nos objetivos das organizações de trabalhadores¹⁰⁴³.

1038 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva No. 05/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, n. 05, parágrafo 30; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *López Lone e outros c. Honduras*, 5 de outubro de 2015, Serie C, n. 302, parágrafo 166.

1039 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Tristán Donoso c. Panamá*. Exceção preliminar, Fundo, Reparações e Custas, 27 de janeiro de 2009, Serie C, n. 193, parágrafo 144; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *López Lone e outros c. Honduras*, 5 de outubro de 2015, Serie C, n. 302, parágrafo 169.

1040 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva No. 05/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, n. 05, parágrafo 70.

1041 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Lagos del Campo c. Peru*. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 31 de agosto de 2017, Serie C, n. 340, parágrafo 91.

1042 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Lagos del Campo c. Peru*. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 31 de agosto de 2017, Serie C, n. 340, parágrafo 96.

1043 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Lagos del Campo c. Peru*. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 31 de agosto de 2017, Serie C, n. 340, parágrafo 113.

Finalmente, apontamos que a liberdade sindical é fundamental para os trabalhadores migrantes, embora seja um direito frequentemente desrespeitado. Trata-se de direito inalienável, do qual todos os trabalhadores, incluindo os migrantes, são titulares¹⁰⁴⁴.

Parte considerável do desenvolvimento dos parâmetros das obrigações estatais em relação à liberdade sindical é oriunda dos conceitos de Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (CANESSA MONTEJO, 2015, p. 258) e dos entendimentos do Comitê de Liberdade Sindical e do Comitê de Peritos em Convenções e Recomendações da referida Organização (SUYO, 2019, p. 849). Nesse sentido, levando em conta que o conteúdo da liberdade sindical no sistema interamericano adveio da definição prevista na Convenção n. 87 da OIT (CANESSA MONTEJO, op. cit.), é possível identificar quatro dimensões: (i) liberdade de organização; (ii) liberdade de administração; (iii) liberdade de exercício de funções; e (iv) liberdade de filiação, desfiliação e não filiação.

A liberdade de organização trata das possibilidades pelas quais as entidades sindicais podem se estruturar (NASCIMENTO, 2009, p. 43-44). A partir do teor dos tratados interamericanos de direitos humanos e dos parâmetros de obrigações estatais desenvolvidos pela Corte e pela Comissão, a liberdade de organização no sistema interamericano envolve o direito de organizar sindicatos e de formar federações, confederações e organizações internacionais.

A liberdade de administração tem duas características principais: (i) democracia interna e (ii) autarquia externa. A primeira trata da necessidade de os princípios democráticos guiarem a ação sindical nas instâncias internas. A segunda se refere ao fato de os sindicatos serem entidades autônomas que não devem sofrer interferência externa (NASCIMENTO, op. cit.). No sistema interamericano, a liberdade de administração está na faculdade de os sindicatos colocarem em funcionamento sua estrutura interna, sem a interferência de terceiros, escolherem os meios que adotarão para exercerem suas atividades e elegerem livremente os seus representantes, assim como no impedimento de as autoridades públicas intervirem nas entidades sindicais de forma que comprometa a sua finalidade, como ocorre na obstrução das instalações e das contas bancárias dos sindicatos.

A liberdade de exercício de funções é a possibilidade de as entidades sindicais determinarem o papel que desempenharão, de acordo com a conveniência e a opção de seus membros (NASCIMENTO, op. cit.). No sistema interamericano, a liberdade de exercício de funções se verifica na possibilidade de os sindicatos formularem e implementarem o seu programa de ação.

A liberdade de filiação, desfiliação e não filiação se refere à possibilidade do trabalhador se filiar à entidade sindical de sua preferência, se desfiliar do sindicato do qual é

1044 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva No. 18/03, Série A, n. 18, parágrafo 157.

membro e de não ser associado a qualquer organização sindical (NASCIMENTO, op. cit.). No sistema interamericano, essa liberdade se identifica no direito de os trabalhadores se associarem aos sindicatos, bem como dessas entidades se filiarem a federações, confederações e organizações internacionais. Ainda, trata do direito de os trabalhadores não serem forçados, obrigados ou coagidos a se associarem aos sindicatos.

3. NEGOCIAÇÃO COLETIVA

O direito de negociação coletiva no sistema interamericano de direitos humanos advém da interpretação do art. 26 da Convenção Americana adotada a partir do caso *Lagos del Campo contra Peru* pela Corte. O referido dispositivo enuncia que “os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”. O Tribunal afirma que os direitos trabalhistas tutelados pelo art. 26 da Convenção Americana são aqueles oriundos das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura previstas na Carta da OEA, dentre eles o art. 45, *c*¹⁰⁴⁵, que trata do direito de negociação coletiva, como mencionamos acima.

O direito de negociação coletiva carece de maior desenvolvimento pelos órgãos do sistema interamericano. Está diretamente relacionado aos direitos trabalhistas fundamentais e deve ser considerado como direito coletivo básico¹⁰⁴⁶. Trata-se de direito que possui importância fundamental para os trabalhadores migrantes, apesar de ser frequentemente desrespeitado. É um direito inalienável, do qual todos os trabalhadores, incluindo os migrantes, são titulares, independentemente do seu status migratório¹⁰⁴⁷.

4. GREVE

O direito de greve no sistema interamericano de direitos humanos está previsto no art. 8.1, *b* do Protocolo de San Salvador, que estabelece que “os Estados Partes garantirão o direito de greve”. Além disso, também pode ser identificado a partir da interpretação do art. 26 da Convenção Americana, nos mesmos moldes indicados acima quando analisamos o direito de negociação coletiva, considerando que o art. 45, *c* da Carta da OEA também assegura o direito de greve aos trabalhadores.

1045 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Lagos del Campo c. Peru*. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 31 de agosto de 2017, Série C, n. 340, parágrafo 143.

1046 Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *A situação dos direitos humanos em Cuba – Sétimo relatório*, 4 outubro 1983, parágrafos 52 e 53.

1047 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Parecer Consultivo 18/03*, Série A, n. 18, 17 setembro 2003, parágrafo 157.

Assim como a negociação coletiva, o direito de greve carece de maiores desenvolvimentos pelos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos. Faz parte do rol dos direitos trabalhistas fundamentais e é considerado como um direito coletivo básico¹⁰⁴⁸. Trata-se de um mecanismo que as entidades sindicais dispõem para obter respostas de suas reivindicações¹⁰⁴⁹. Uma das expressões do direito de greve é o boicote, que pode ser uma forma pacífica de protesto trabalhista. Nesse sentido, não se deve puni-lo com prisão ou multas exorbitantes, sob pena de limitar a capacidade negocial dos sindicatos em momentos centrais para a melhoria das condições de trabalho¹⁰⁵⁰.

Existem dois posicionamentos, um da Comissão e outro da Corte, que merecem referência. Em 2001, a Comissão apontou que a violação ao direito de greve não implica necessariamente o desrespeito ao direito à liberdade sindical¹⁰⁵¹. Entretanto, uma análise mais detida dos parâmetros das obrigações estatais em matéria de liberdade sindical aponta para outro sentido. Primeiramente, porque a faculdade de constituir organizações sindicais e colocar em funcionamento o seu programa de ação abrange a possibilidade de promover ações de reivindicação, como a greve (CANESSA MONTEJO, op. cit., p. 257-258). Em segundo lugar, porque o direito de os trabalhadores utilizarem qualquer meio para exercer a liberdade sindical engloba a opção de promover a greve (CANESSA MONTEJO, op. cit., p. 258). Finalmente, destacamos que o conteúdo da solicitação de parecer consultivo sobre liberdade sindical com perspectiva de gênero enviada para a Corte pela Comissão sugere que o posicionamento de 2001 foi superado, levando em conta as menções à greve como parte da liberdade sindical¹⁰⁵².

Em 2015, a Corte estabeleceu que não tinha competência para tratar de casos em que o direito de greve fosse apontado como violado. Esse entendimento adveio do art. 19.6 do Protocolo de San Salvador enunciar a possibilidade de o Tribunal analisar somente petições sobre desrespeito à liberdade sindical e ao direito à educação¹⁰⁵³. Tal pronunciamento também foi objeto de crítica, nos termos mencionados no parágrafo anterior (CANESSA MONTEJO, op. cit.). Contudo, considerando a interpretação conferida pela própria Corte ao art. 26 da Convenção Americana¹⁰⁵⁴, que abrange di-

1048 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *A situação dos direitos humanos em Cuba – Sétimo relatório*, 4 outubro 1983, parágrafos 52 e 53.

1049 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Democracia e direitos humanos na Venezuela*, 30 dezembro 2009, parágrafo 1115.

1050 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Democracia e direitos humanos na Venezuela*, 30 dezembro 2009, parágrafo 1108.

1051 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório n. 100/01, *Milton García Fajardo e outros c. Nicarágua*, 11 outubro 2001, parágrafo 106.

1052 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Solicitação de parecer consultivo à Corte Interamericana de Direitos Humanos – Alcance das obrigações dos Estados, no âmbito do sistema interamericano, sobre as garantias à liberdade sindical, sua relação com outros direitos e sua aplicação com uma perspectiva de gênero*, 31 julho 2019, parágrafos 6 e 7.

1053 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Parecer Consultivo 22/16*, 26 de fevereiro de 2016, Série A, n. 22, parágrafo 104.

1054 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Lagos del Campo c. Peru*. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 31 de agosto de 2017, Série C, n. 340, parágrafo 143.

reitos trabalhistas previstos nas normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura previstas na Carta da OEA, dentre eles o direito de greve no art. 45, c, pode-se apontar que o entendimento de 2015 foi superado.

5. ATOS ANTSSINDICAIS

Os órgãos do sistema interamericano de direitos humanos não estabeleceram um conceito para atos, condutas ou práticas antissindicais. Uma definição doutrinária disseminada entre os países latino-americanos estabelece que os atos antissindicais são “aqueles que prejudiquem indevidamente um titular de direitos sindicais no exercício da atividade sindical ou por causa desta ou aqueles atos mediante os quais lhe são negadas, injustificadamente, as facilidades ou prerrogativas necessárias ao normal desempenho da ação coletiva” (URIARTE, 1989, p. 35). A Convenção n. 98 da OIT, que trata do direito de sindicalização e de negociação coletiva, considerado parte dos direitos fundamentais do trabalho, prevê proteção contra atos de discriminação em seu art. 1º¹⁰⁵⁵ e contra atos de ingerência, em seu art. 2º¹⁰⁵⁶.

A existência de medidas para tutelar a liberdade sindical é fundamental para o adequado exercício por seus titulares. Os destinatários imediatos deste direito são os associados das entidades sindicais, os representantes sindicais, sindicatos, federações e confederações. É necessário garantir proteções a todos esses destinatários imediatos, considerando a centralidade dessa forma associativa na defesa dos interesses dos trabalhadores e pelo fato de a liberdade sindical compor o rol dos direitos humanos¹⁰⁵⁷.

A tutela dos dirigentes sindicais não deve ser restrita e deve-se levar em conta os dirigentes de sindicatos majoritários, minoritários e em formação, de maneira a não desestimular o surgimento de novas entidades quando é o desejo do grupo de trabalhadores¹⁰⁵⁸.

As pessoas que se associam a uma entidade sindical igualmente devem ser destinatárias de proteções contra atos de retaliação ao exercício desse direito. Nesse sentido,

1055 “Art. 1 — 1. Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego.

2. Tal proteção deverá, particularmente, aplicar-se a atos destinados a:

a) subordinar o emprego de um trabalhador à condição de não se filiar a um sindicato ou deixar de fazer parte de um sindicato;

b) dispensar um trabalhador ou prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais, fora das horas de trabalho ou com o consentimento do empregador, durante as mesmas horas”.

1056 “Art. 2 — 1. As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas e outras, quer diretamente quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionamento e administração.

2. Serão particularmente identificados a atos de ingerência, nos termos do presente artigo, medidas destinadas a provocar a criação de organizações de trabalhadores dominadas por um empregador ou uma organização de empregadores, ou a manter organizações de trabalhadores por outros meios financeiros, com o fim de colocar essas organizações sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores”.

1057 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Parecer Consultivo 22/16*, 26 de fevereiro de 2016, Série A, n. 22, parágrafos 103-105; Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Lagos del Campo c. Peru*. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 31 de agosto de 2017, Série C, n. 340, parágrafo 157.

1058 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Relatório sobre a situação das defensoras e defensores de direitos humanos nas Américas*, 7 março 2006, parágrafo 74.

os Estados devem assegurar proteção adequada contra atos de discriminação antissindical e de perseguição, como dispensa de trabalhadores que decidem se organizar coletivamente e que promovem reivindicações em face de seus empregadores¹⁰⁵⁹.

Contudo, o espectro tutelar é mais amplo. O direito à liberdade de associação no âmbito trabalhista também assegura proteção a organizações que, mesmo ser ter natureza sindical, possuem a finalidade de representar os interesses dos trabalhadores. Essa garantia advém do próprio art. 16 da Convenção Americana, quando estabelece a proteção da liberdade de associação independentemente do seu objetivo, assim como de outros instrumentos internacionais que reconhecem a liberdade de associação com finalidade de tutelar os interesses dos trabalhadores sem limitar a cobertura da proteção às entidades sindicais¹⁰⁶⁰, como o art. XXII da Declaração Americana de Direitos e Deveres dos Homens¹⁰⁶¹, o art. 45, *c* da Carta da OEA¹⁰⁶², o preâmbulo da Carta Democrática Interamericana¹⁰⁶³ e o art. 3, *b* da Convenção n. 135 da OIT¹⁰⁶⁴.

Desta forma, os representantes dos trabalhadores em uma empresa devem ter proteção eficaz contra todo ato que possa prejudicá-los, incluindo a dispensa em razão de sua condição de representante dos trabalhadores ou de suas atividades oriundas dessa representação. As autoridades nacionais devem assegurar que a aplicação de sanções não tenha efeito dissuasivo sobre os direitos de os representantes expressarem e defenderem os interesses dos trabalhadores¹⁰⁶⁵.

O reconhecimento de garantias aos representantes dos trabalhadores, sindicais ou não, pelos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos, em especial a proteção contra a dispensa pelo exercício dessa atividade, reforça o argumento sobre a necessidade de assegurar a estabilidade a esses trabalhadores, de forma que possam

1059 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Relatório sobre a situação das defensoras e defensores de direitos humanos nas Américas*, 7 março 2006, parágrafo 73 e recomendação 20; Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Finca "La Exacta"*, Guatemala, Relatório n. 57/02, Caso No. 11.382, 21 de outubro de 2002, parágrafo 117; Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Baena Ricardo e outros c. Panamá*. Fundo, Reparações e Custas, 2 de fevereiro de 2001, Série C, n. 72, parágrafo 160.

1060 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Lagos del Campo c. Peru*. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 31 de agosto de 2017, Série C, n. 340, parágrafos 158-159.

1061 "Toda pessoa tem o direito de se associar com outras a fim de promover, exercer e proteger os seus interesses legítimos, de ordem política, econômica, religiosa, social, cultural, profissional, sindical ou de qualquer outra natureza".

1062 "Os Estados membros, convencidos de que o Homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos: (...)

c) Os empregadores e os trabalhadores, tanto rurais como urbanos, têm o direito de se associarem livremente para a defesa e promoção de seus interesses, inclusive o direito de negociação coletiva e o de greve por parte dos trabalhadores, o reconhecimento da personalidade jurídica das associações e a proteção de sua liberdade e independência, tudo de acordo com a respectiva legislação".

1063 "Reconhecendo que o direito dos trabalhadores de se associarem livremente para a defesa e promoção de seus interesses é fundamental para a plena realização dos ideais democráticos".

1064 "Para os fins da presente Convenção, os termos 'representantes dos trabalhadores' designam pessoas reconhecidas como tais pela legislação ou a prática nacionais, quer sejam: (...) b) ou representantes eleitos, a saber, representantes livremente eleitos pelos trabalhadores da empresa, conforme as disposições da legislação nacional ou de convenções coletivas, e cujas funções não se estendam a atividades que sejam reconhecidas, nos países interessados, como dependendo das prerrogativas exclusivas dos sindicatos".

1065 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Lagos del Campo c. Peru*. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 31 de agosto de 2017, Série C, n. 340, parágrafo 160.

defender os interesses de seus representados com um mínimo de autonomia e independência (CANESSA MONTEJO, 2017, p. 148). Essa tutela dos representantes dos trabalhadores, o que inclui a proteção contra a dispensa, é geralmente denominada de “foro sindical” (MENEZES, 2005, p. 44).

Grande parte dos pronunciamentos da Corte e da Comissão sobre atos antissindicais se referem a casos de desaparecimento forçado ou de morte de dirigentes sindicais. Os órgãos do sistema interamericano consideram que quando o desrespeito do direito à vida, à integridade ou à liberdade pessoal tem o objetivo de inviabilizar o exercício de outro direito, como a liberdade sindical, há uma violação autônoma deste direito¹⁰⁶⁶. A existência de obstáculos ao exercício da liberdade sindical ocasiona conflitos sociais violentos e ameaça o direito à vida e à integridade pessoal¹⁰⁶⁷.

O assassinato ou o desaparecimento forçado de um dirigente sindical viola a liberdade sindical em suas dimensões individual e coletiva. No primeiro caso, especificamente em face do trabalhador que teve o seu direito à vida e integridade pessoal vulnerados em razão do exercício de uma atividade de representação sindical. Em relação ao segundo, por ter um efeito amedrontador e intimidador no grupo que o dirigente representava, o que desestimula o exercício da liberdade sindical e viola esse direito. A existência de um contexto no qual não se realizam as investigações para punir os responsáveis por essas violações e há impunidade exacerbam os obstáculos ao exercício desse direito¹⁰⁶⁸.

Portanto, é possível indicar que a violação de direitos oriundos da representação de interesses de um grupo possui uma natureza dúplice, uma vez que vulnera o direito do representante com repercussões diretas no direito do representado. Ou seja, há um desrespeito ao direito individual do representante que exerce um mandato e ao direito

1066 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Huilca Tecse c. Peru*. Fondo, Reparaciones y Costas, 3 de março de 2005. Série C, n. 121, parágrafos 66-79; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cantoral Huamani e García Santa Cruz c. Peru*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 10 de julho de 2007, Série C, n. 167, parágrafo 167; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Isaza Uribe e outros c. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de novembro de 2018, Série C, n. 363, parágrafo 145; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *García e familiares c. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de novembro de 2012, Série C, n. 258, parágrafo 116; Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Relatório sobre a situação dos direitos humanos na Argentina*, 11 abril 1980, Capítulo VIII e parágrafo 2, b das Conclusões; Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos na Colômbia*, 14 outubro 1993, Capítulo VIII e parágrafo 10 das Conclusões; Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Paraguai*, 28 setembro 1987, Capítulo VI; Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Chile*, 8 maio 1985, Capítulo X; Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Relatório sobre a situação dos direitos humanos na República da Bolívia*, 13 outubro 1981, Capítulo V. Em relação à violação da liberdade sindical pelo assassinato ou desaparecimento forçado de representantes dos trabalhadores, levamos em conta somente os pronunciamentos da Comissão e da Corte que apontam a violação da liberdade de associação dos trabalhadores.

1067 Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Quarto Relatório sobre a situação dos direitos humanos na Guatemala*, 1 junho 1993, Capítulo IX.

1068 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Huilca Tecse c. Peru*. Fondo, Reparaciones y Costas, 3 de março de 2005. Série C, n. 121, parágrafo 79; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cantoral Huamani e García Santa Cruz c. Peru*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 10 de julho de 2007, Série C, n. 167, parágrafo 148; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *García e familiares c. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de novembro de 2012, Série C, n. 258, parágrafo 121. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Isaza Uribe e outros c. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de novembro de 2018, Série C, n. 363, parágrafo 145; Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Edgar Fernando García c. Guatemala*, Relatório n. 117/10, Cas No. 12.343, 22 outubro 2010, parágrafo 168; Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Democracia e direitos humanos na Venezuela*, 30 dezembro 2009, parágrafo 1116.

coletivo dos representados, levando em conta que o porta-voz dos seus interesses é debilitado e que há intimidação em envidar esforços em uma atividade coletiva laboral¹⁰⁶⁹.

A ação conjunta entre agentes do governo e empregadores para assassinar, lesionar e colocar em risco a vida e a segurança de trabalhadores que decidem criar uma organização sindical vulnera indevidamente os direitos sindicais de quem promove a atuação coletiva. A represália contra a organização sindical e a supressão da entidade criada por trabalhadores nesse contexto viola o art. 16 da Convenção Americana¹⁰⁷⁰.

As entidades sindicais não podem ser suspensas por decreto, dissolvidas ou declaradas ilegais por ato do Poder Executivo, com a retirada de sua personalidade jurídica e fechamento de contas bancárias¹⁰⁷¹.

Os atos antissindicais também ocorrem quando há violação do direito de greve e à negociação coletiva. A vinculação da efetividade do direito de greve e à negociação coletiva à regulamentação em lei sem que ocorra a edição de legislação que fixe as regras para o exercício desses direitos implica a restrição de ambos¹⁰⁷².

A suspensão do direito de greve, somente pelo fato de o seu exercício afetar a produção, vulnera-o¹⁰⁷³. As limitações colocadas ao exercício do direito de greve e à negociação coletiva não podem ser amplas a ponto de inviabilizá-los. A classificação de uma atividade como essencial não deve ser discricionária, sem levar em consideração as observações do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, que as enquadra como aquelas cuja suspensão possa colocar em perigo a segurança ou a vida de totalidade ou de parte da população¹⁰⁷⁴.

6. POSSIBILIDADES DE DESENVOLVIMENTOS E DE AVANÇOS EM PARÂMETROS DE OBRIGAÇÕES ESTATAIS SOBRE DIREITOS SINDICAIS

A análise das possibilidades de desenvolvimento e de avanços por parte dos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos em matéria de direitos sindicais levará em conta os instrumentos que possuem à disposição. No caso da Corte, feito o exame dos casos em andamento, identificamos somente um que trata de direitos sindicais: a solicitação de parecer consultivo sobre o alcance das obrigações dos Estados

1069 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Lagos del Campo c. Peru*. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 31 de agosto de 2017, Série C, n. 340, parágrafo 162.

1070 Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Finca "La Exacta"*, Guatemala, Relatório n. 57/02, Caso No. 11.382, 21 outubro 2002, parágrafo 80.

1071 Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Relatório sobre a situação dos direitos humanos na Argentina*, 11 abril 1980, Capítulo VIII e parágrafo 2, b das Conclusões.

1072 Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Paraguai*, 28 setembro 1987, Capítulo VI.

1073 Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Relatório sobre a situação dos direitos humanos na Argentina*, 11 abril 1980, Capítulo VIII e parágrafo 2, b das Conclusões.

1074 Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Segundo Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos na Colômbia*, 14 outubro 1993, Capítulo VIII e parágrafo 10 das Conclusões.

sobre as garantias à liberdade sindical, sua relação com outros direitos e sua aplicação com uma perspectiva de gênero. No tocante à Comissão, existem pelo menos quatro casos com relatório de admissibilidade que tratam da alegação de violação de direitos sindicais. Ademais, a Comissão pode analisar o *status* da aplicação desses direitos nos relatórios anuais e nos relatórios de país.

Primeiramente, destacamos a importância do avanço promovido pela Corte na interpretação do art. 26 da Convenção Americana a partir do caso Lagos del Campo contra Peru e a consequente abertura de oportunidades para o exame de direitos econômicos, sociais e culturais pelos órgãos interamericanos. A justiciabilidade e o desenvolvimento de parâmetros de obrigações estatais sobre greve e negociação coletiva estão diretamente relacionados com esse aperfeiçoamento hermenêutico.

Em relação ao parecer consultivo em trâmite perante a Corte, foram colocadas seis questões. Faremos considerações sobre as três primeiras, que tratam diretamente sobre liberdade sindical, negociação coletiva e greve e cujo conteúdo foi desenvolvido pelos órgãos de controle da OIT.

Na primeira, os principais aspectos tratam das garantias nos processos de formação de sindicatos e em seus procedimentos de eleição e governo. A respeito desses temas, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT já apontou que não é compatível com o princípio da liberdade sindical a necessidade de obtenção de uma permissão, uma autorização prévia ou uma pré-análise de estatutos ou de regulamentos administrativos para a fundação de uma organização sindical¹⁰⁷⁵. As formalidades previstas em lei devem ser observadas para a fundação de um sindicato, porém não devem impedir a livre criação de uma entidade¹⁰⁷⁶. Os requisitos legais para formar uma organização não devem ser fixados ou aplicados de forma a impedir ou atrasar a sua criação¹⁰⁷⁷.

O livre exercício de constituir e de se afiliar aos sindicatos implica a livre determinação da estrutura e da composição dessas entidades. Os trabalhadores têm a competência de decidir questões sobre a organização e a estrutura sindical e se desejam formar um sindicato de empresa, de indústria ou de profissões. Da mesma forma, os trabalhadores devem ter a possibilidade de se filiar a mais de uma entidade sindical¹⁰⁷⁸.

O direito de as organizações laborais elegerem livremente os seus líderes é um pré-requisito para que possam agir efetivamente com independência e defender os interesses de seus representados. Para que esse direito seja plenamente reconhecido, as

1075 Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafo 419.

1076 Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafo 424.

1077 Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafos 435 e 427.

1078 Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafos 502, 503 e 504.

autoridades públicas não podem fixar condições de elegibilidade de dirigentes sindicais e intervir em processos eleitorais¹⁰⁷⁹. A regulamentação da eleição de lideranças deve ocorrer por meio dos estatutos das entidades¹⁰⁸⁰.

As entidades sindicais devem ter o direito a elaborar os seus próprios estatutos e regulamentos com total e ampla liberdade, sendo que a legislação nacional deveria se limitar a fixar condições formais. Os estatutos e regulamentos não devem receber aprovação prévia das autoridades públicas para a sua entrada em vigor¹⁰⁸¹.

A segunda questão trata das relações entre liberdade sindical e negociação coletiva. Em relação a esse tema, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT estabeleceu que o direito de negociar livremente as condições de trabalho com os empregadores é um elemento essencial da liberdade sindical e que os sindicatos devem ter o direito de entabular tratativas para melhorar as condições de vida e de trabalho de seus representados¹⁰⁸².

A negociação coletiva deve observar dois princípios fundamentais: negociação livre e voluntária e a negociação de boa-fé. O exercício desse direito deve observar o seu caráter livre e voluntário, o que denota a importância de autonomia dos atores sociais que participam da negociação¹⁰⁸³.

O objetivo geral da negociação coletiva é o de promover o processo conduzido pelas organizações de trabalhadores e pelos empregadores no intuito de acordar as condições de trabalho que sejam mais favoráveis que as previstas em lei. A introdução da possibilidade geral de rebaixar, por meio de negociação coletiva, as proteções legais estabelecidas em favor dos trabalhadores tem um efeito dissuasório sobre o exercício desse direito e pode contribuir para a sua deslegitimação¹⁰⁸⁴.

A terceira questão trata da relação entre liberdade sindical e direito de greve. Sobre esse tema, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT estabeleceu que a greve é um direito legítimo dos trabalhadores e de suas organizações para promover e defender os seus interesses econômicos, profissionais e sociais. Trata-se do corolário do direito de sindicalização¹⁰⁸⁵.

Os interesses que os trabalhadores defendem por meio do direito de greve abrangem não somente a obtenção de melhores condições de trabalho ou reivindicações coleti-

1079 Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafo 589.

1080 Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafo 592.

1081 Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafo 563.

1082 Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafo 1232.

1083 Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafos 1313 e 1327.

1084 CEACR, *Aplicación de las normas internacionales del trabajo*, 2017 (I), Ginebra, OIT, 2017, p. 67-68

1085 Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafos 751, 752, 753 e 754.

vas profissionais, mas também a busca de soluções relacionadas a problemas oriundos de política econômica e social que possuem consequências diretas para os trabalhadores, em especial em matéria de emprego, proteção social e condições de vida¹⁰⁸⁶. Ainda, os trabalhadores deveriam ter o direito a organizar greves de solidariedade quando o movimento que apoiam seja legal. A proibição dessa modalidade de greve pode ser abusiva¹⁰⁸⁷.

As condições prévias estabelecidas pela legislação para que a realização de uma greve seja considerada como um ato lícito devem ser razoáveis e não podem constituir uma limitação que, na prática, inviabilize a promoção de uma greve legal. Razões de ordem econômica não podem ser invocadas para restringir o exercício desse direito¹⁰⁸⁸.

Em relação aos casos em andamento na Comissão, a petição apresentada pelos membros do Sindicato Único de Trabalhadores da Ecasa contra Peru trata da não aplicação de cláusulas previstas em convenção coletiva que determinavam o reajuste salarial dos trabalhadores, mesmo com determinação de sua incidência por decisões judiciais¹⁰⁸⁹. Ainda que a petição apresentada pelos trabalhadores e o relatório de admissibilidade da Comissão não tenham feito menção ao art. 26 da Convenção Americana pela violação do direito de negociação coletiva, é possível trazer esse tema no relatório de mérito, inclusive pelo fato da interpretação dada pela Corte no caso Lagos del Campo ser posterior. Nesse sentido, é possível desenvolver os parâmetros sobre negociação livre, voluntária e de boa fé, como mencionamos anteriormente, e sobre a falta de aplicação de convenção coletiva pressupor uma violação ao direito de negociação coletiva e ao princípio da boa-fé negocial¹⁰⁹⁰.

A petição n. 1470-05 foi apresentada pelos membros do Sindicato dos Trabalhadores Oficiais e Empregados Públicos de Antioquia contra Colômbia. Há relato de assassinatos, deslocamentos forçados e ameaças de integrantes da entidade, assim como interferência no funcionamento da organização por grupos paramilitares com aquiescência do Estado¹⁰⁹¹. Os mesmos comentários sobre o art. 26 da Convenção Americana feitos para o caso anterior servem para esse. Os órgãos do sistema interamericano de direitos humanos já desenvolveram parâmetros de obrigações sobre casos de morte, deslocamentos forçados e ameaças de dirigentes sindicais. Sobre o outro aspecto do caso, destacamos o entendimento do Comitê de Liberdade Sindical da OIT no sentido de

1086 Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafos 758, 759 e 766.

1087 Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafos 770 e 771.

1088 Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafos 789, 790 e 791.

1089 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório n. 4/09, Petição 914-98, *Membros do Sindicato Único dos Trabalhadores da Ecasa c. Peru*, Admissibilidade, 11 fevereiro 2009, parágrafos 9 a 17.

1090 Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafo 1327.

1091 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório n. 140/09, Petição 1470-05, *Membros do Sindicato de Trabalhadores Oficiais e Empregados Públicos de Antioquia c. Colômbia*, Admissibilidade, 30 dezembro 2009, parágrafos 9 a 34.

que a existência e a atuação de grupos paramilitares que intervêm em entidades sindicais viola os direitos humanos e os princípios da liberdade sindical¹⁰⁹².

A petição n. 703-07 foi apresentada pelos trabalhadores do Sindicato Nacional de Trabalhadores de Interconexão Elétrica (SINTRAIISA), do Sindicato Nacional de Trabalhadores da ISAGEN S.A. (SINTRAISAGEN) e do Sindicato Nacional de Trabalhadores da CHIVOR (SINTRACHIVOR) contra Colômbia. Trata da proibição de estabelecer cláusulas sobre seguridade social em instrumentos coletivos de trabalho¹⁰⁹³. O Comitê de Liberdade Sindical da OIT entende que cabe às partes determinar o objeto das negociações. Além disso, admite que as partes negociadoras são as mais habilitadas a analisar as razões e determinar as modalidades de cláusulas relacionadas às pensões, que a negociação coletiva pode estabelecer prestações de pensões mais benéficas que as previstas em lei e que é possível negociar coletivamente planos de pensão complementares. Finalmente, apontamos que o Comitê reconhece o direito dos Estados regulamentar os sistemas de pensões, desde que se respeite o direito de negociação coletiva relacionado ao tema¹⁰⁹⁴.

A petição n. 374-05 foi apresentada pelos trabalhadores do Sindicato de Trabalhadores da Federação Nacional de Cafeteiros da Colômbia contra Colômbia. Trata da nulidade da inscrição da diretoria do Comitê de Bucaramanga em razão de dispositivo legal que permite a criação de subseções sindicais em municípios distintos da sede da entidade e que tenha pelo menos 25 membros e a criação de comitês em municípios distintos da sede da entidade ou da subseção e que tenha pelo menos 12 afiliados. Ainda, não se permite a existência de mais de uma subseção ou comitê por município¹⁰⁹⁵. Nessa linha, o Comitê de Liberdade Sindical estabeleceu que exigências relacionadas à abrangência territorial e ao número de afiliados deveria depender exclusivamente dos estatutos das entidades. A existência de disposições legais que vão além de questões formais pode criar obstáculos à criação e ao desenvolvimento de organizações sindicais e violar os princípios da liberdade sindical¹⁰⁹⁶.

Nos relatórios anuais e de país elaborados pela Comissão é igualmente possível estabelecer parâmetros de obrigações estatais sobre direitos sindicais. Levando em consideração as informações presentes no Índice Global de Direitos da Confederação Sindical Internacional de 2019, os maiores problemas relacionados ao cumprimento dos direitos sindicais nas Américas são o aumento da violência e a impunidade, dispensas de

1092 Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafo 103.

1093 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório n. 103/18, Petição 703-07, *Trabalhadores do SINTRAIISA, SINTRAISAGEN e SINTRACHIVOR c. Colômbia*, Admissibilidade, 20 setembro 2018, parágrafos 2 a 5.

1094 Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafos 1289, 1305, 1306, 1307, 1308, 1309 e 1310.

1095 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório n. 15/15, Petição 374-05, *Trabalhadores do Sindicato de Trabalhadores da Federação Nacional de Cafeteiros da Colômbia c. Colômbia*, Admissibilidade, 24 março 2015.

1096 Organización Internacional del Trabajo. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018, parágrafo 566.

trabalhadores por fazerem parte de um sindicato e negação do registro de organizações sindicais (CSI, 2019, p. 18-19). O mesmo Índice aponta que três dos dez piores países para se trabalhar no mundo estão no continente americano: Brasil, Colômbia e Guatemala, em razão das violações relativas à vida e integridade pessoal de dirigentes sindicais, do enfraquecimento da negociação coletiva e de atos antissindicais (CSI, 2019, p. 23-24). Nesse sentido, pode-se desenvolver parâmetros com base nos entendimentos do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, levando em conta esses dados, além de outros que a Comissão receba sobre o tema.

7. CONCLUSÕES

Os direitos sindicais tratados nesse artigo – liberdade sindical, negociação coletiva e greve – reúnem características das duas espécies tradicionalmente utilizadas para classificar os direitos humanos: civis e políticos e econômicos, sociais e culturais. A garantia da liberdade de organização, da liberdade de administração, da liberdade de exercício de funções e da liberdade de filiação, não filiação e desfiliação, o reconhecimento do poder normativo das tratativas realizadas coletivamente entre trabalhadores e empregadores e a faculdade de os trabalhadores paralisarem as suas atividades como mecanismo de pressão para buscar a resolução de um conflito coletivo de trabalho – todos mais próximos dos direitos civis e políticos – são instrumentos de grande importância para assegurar a efetividade do direito ao trabalho e o direito às condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho – esses, com maior relação com os direitos econômicos, sociais e culturais.

Nesse sentido, a progressividade, que geralmente pode afetar a avaliação dos direitos econômicos, sociais e culturais, não tem uma relevância significativa para os direitos sindicais, considerando a forma pela qual são colocados em prática por seus titulares. Por isso, as possibilidades de limitações relacionadas às obrigações de progressividade dos Estados sobre os direitos sindicais são muito mais restritas. A tutela desses direitos envolve a existência de garantias às organizações sindicais e aos trabalhadores e a proteção contra atos de discriminação e de ingerência. Os direitos sindicais são de exigibilidade imediata.

Em razão do exposto, é central para os trabalhadores que os órgãos do sistema interamericano de direitos humanos desenvolvam parâmetros de obrigações estatais sobre os direitos sindicais, em especial negociação coletiva e greve que, como verificamos, são os mais deficitários. O avanço desses parâmetros permitirá uma ampliação da tutela desses direitos, tanto no âmbito interno dos países, por meio do controle de convencionalidade, como internacionalmente, no sistema de petições e casos do sistema interamericano.

A geração de parâmetros de obrigações estatais sobre direitos sindicais ainda poderá produzir efeito positivo de estimular atores sociais a apresentarem mais casos de

violações desses direitos perante a Comissão, criando um ciclo virtuoso para reforçar a proteção desses direitos.

Com base nos posicionamentos dos órgãos de controle da OIT, apresentamos nossas visões a respeito dos aspectos que merecem uma atenção imediata. A Corte, com o processo de solicitação de parecer consultivo sobre liberdade sindical com perspectiva de gênero, e a Comissão, com os mencionados casos em andamento e a elaboração de relatórios anuais e de países, ocupam uma posição privilegiada em um momento propício para avançar e desenvolver os direitos sindicais nas Américas.

BIBLIOGRAFIA

CANESSA MONTEJO, Miguel F. La protección interamericana de la libertad sindical y de la estabilidad laboral: el caso Lagos del Campo vs. Perú. *Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social*, v. 8, n. 16, 2017.

CANESSA MONTEJO, Miguel F. La protección interamericana de los derechos humanos laborales: los casos peruanos. *Anuarios de investigación del CICAJ*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, 2015.

CEACR, *Aplicación de las normas internacionales del trabajo*, 2017 (I), Ginebra, OIT, 2017.

CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL. *Índice Global de los derechos de la CSI 2019*. Bruselas, CSI, 2019.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Proteção contra condutas anti-sindicais (atos anti-sindicais, controle contra discriminação e procedimentos anti-sindicais). *Revista do TST*, Brasília, v. 71, n. 2, maio/ago. 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical*: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad sindical. Ginebra: OIT, 6ª edición, 2018

SUYO, Gonzalo Hancoco. El derecho social a la libertad sindical: fundamentos y alcances a nivel constitucional e internacional. *Revista Argumentum*, Marília, v. 20, n. 2, maio/ago. 2019.

URIARTE, Oscar Ermida. A proteção contra os atos anti-sindicais. São Paulo: LTr, 1989.

A FALÁCIA DO DISCURSO DE IGUALDADE DA FILIAÇÃO BRASILEIRA PERANTE A CADH

Mônica Cecílio Rodrigues

RESUMO: O presente artigo visa demonstrar a desigualdade de tratamento dada pela legislação brasileira aos filhos nascidos da união estável, em total desrespeito a Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é Estado-parte. E esta desigualdade diz respeito a presunção de paternidade, permitida pela lei brasileira somente aos filhos do matrimônio, e que afeta diretamente o registro da filiação paterna aos filhos havidos na constância da comprovada união estável; o que por via de consequência prejudica o exercício de direitos destes filhos que dependam do registro da filiação, como direitos reflexos a este. E sendo o Brasil um Estado-parte do Pacto de San José da Costa Rica se compromete a respeitar os direitos e liberdades nele reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a todo cidadão que esteja sujeita à sua jurisdição. Entretanto, até o presente momento não houve, nem progressivamente, qualquer atitude por parte do Brasil para modificar a desigualdade que persiste para os filhos havidos da união estável em não poderem usufruir da presunção da paternidade da filiação por não existir previsão legal para tanto, ficando a mercê de socorrerem ao Poder Judiciário para a solução da desobediência ao Pacto pelo Estado-parte.

PALAVRAS CHAVES: Presunção da paternidade. Desigualdade de tratamento entre os filhos. Convenção Americana de Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2. Os tipos de filiação; 3. A presunção da paternidade reconhecida na legislação brasileira; 4. Convenção Americana dos Direitos Humanos e a desigualdade de tratamento dos filhos pela legislação brasileira; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A família é a base da sociedade. Esta afirmativa é conhecida e repetida por muitos que trabalham com o Direito; até se tornar norma constitucional,¹⁰⁹⁷ gozando de proteção especial do Estado. E hoje esta família é constituída por várias formas. As formas legalmente aceitáveis no Brasil são o casamento e a união estável.

O importante é proteger todas as formas de constituição familiar,¹⁰⁹⁸ e via de consequência amparar também os seus filhos, que são considerados elementos desta composição e não podem ser vistos isoladamente dela,¹⁰⁹⁹ sendo proibida qualquer distinção ou discriminação legal entre os filhos, independentemente de sua origem,

1097 Constituição Federal, art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

1098 Supremo Tribunal Federal, voto do Ministro Edson Fachin, no Recurso Extraordinário nº. 878.694, T. Pleno, rel. min. Luís Roberto Barroso, j. 10/5/2017.

1099 Constituição Federal, art. 226. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

gozando esta de proteção e garantia constitucional e infraconstitucional,^{1100 1101} sob pena de prejudicar os direitos diretos e reflexos do fruto advindo da composição e descendência familiar.

Em nosso país mais de um terço das uniões são formadas consensualmente por pessoas não casadas (36,4%).^{1102 1103} Todavia, a legislação brasileira infraconstitucional faz distinção entre os filhos havidos do matrimônio e os filhos havidos na união estável, com relação a regra da presunção da paternidade.

No presente texto são relacionados alguns exemplos de direitos que não podem ser exercidos pelos filhos advindo da união estável, em razão do tratamento desigual na previsão legal da presunção da paternidade; bem como, de outros direitos reflexos e que dependem do registro da paternidade, que também deixam de ser exercidos pelos discriminados, no mesmo prazo que os filhos concebidos pelo casamento o fazem; por isto, restariam prejudicados aqueles, em razão do tratamento desigual da presunção da paternidade por serem originários de descendência não matrimonial; e que afetam a este percentual de brasileiros que se veem excluídos da presunção de que trata a lei brasileira, por não serem filhos havidos do casamento.

Por obvio, o texto visa mostrar o desrespeito da legislação brasileira com a Convenção Americana de Direitos Humanos; contudo, não se pode desconsiderar que a contradição ocorre também entre a norma constitucional brasileira e a lei infraconstitucional nacional. E esta desigualdade no tratamento da filiação não pode perdurar posto que o artigo 17, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos preceitua que a “lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento”, da qual o Brasil é um Estado-parte; todavia, não é esta a realidade da legislação brasileira, como será demonstrado no item 4. E aos filhos havidos da união estável não resta outra alternativa do que socorrer ao Poder Judiciário, até que este tratamento desigual seja corrigido por uma nova norma legal, para buscar o direito ao registro da filiação paterna, quando este registro não ocorre de forma voluntária.

Enquanto perdurar o tratamento desigual continua o desrespeito a CADH e provoca o retardo no exercício do direito ao registro da paternidade, além de outros direitos reflexos oriundos do registro da filiação dos filhos havidos na união estável, como será demonstrado no decorrer deste texto.

1100 Constituição Federal, art. 227. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

1101 Código Civil, art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

1102 <http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?view=noticia&id=3&idnoticia=2240&busca=1&t=censo-2010-unioes-consensuais-ja-representam-mais-13-casamentos-sao-frequentes-class>

1103 <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?view=noticia&id=3&idnoticia=2240&busca=1&t=censo-2010-unioes-consensuais-ja-representam-mais-13-casamentos-sao-frequentes-classes>

2. OS TIPOS DE FILIAÇÃO

A filiação é a relação familiar de maior proximidade jurídica existente entre duas pessoas na linha reta, levando-se em conta a linha ascendente ou a linha descendente, no primeiro grau de parentesco.

Podemos afirmar que a legislação brasileira reconhece dois tipos de filiação: a consanguínea e a civil, conforme expressamente determina o artigo 1.593 do Código Civil.¹¹⁰⁴

Quando os filhos advirem da relação sexual a filiação será denominada de parentesco natural e também chamada de consanguínea.

Em nosso ordenamento jurídico é aceita também a filiação pelos métodos induzidos de fertilização, com técnicas de procriação, quando houver a impossibilidade de ocorrer a reprodução humana pelo meio natural, e o casal poderá optar pela reprodução humana assistida (RHA), que recebe outras denominações, a exemplo: fecundação artificial, concepção artificial, inseminação artificial. Que são técnicas que substituem o método natural de reprodução, e será acompanhada por uma equipe médica, responsável pelo procedimento, razão da utilização do vocábulo assistida.

A reprodução humana assistida é denominada de homóloga ou heteróloga. E dependendo do método utilizado pode ser ZIFT - Zibot Intra Falloppian Transfer ou GIFT - Gametha Intra Fallopian Transfer, conforme descrito no artigo 1.597, inciso III, IV e V, do Código Civil.¹¹⁰⁵

O primeiro acontece com a fertilização *in vitro*, que é a manipulação externa do óvulo da mulher, fecundando-o com o sêmen do marido ou de outro homem, na proveta, para posteriormente introduzir o embrião no útero desta mesma mulher ou de uma outra. Diferenciando do método GIFT, que consiste na introdução do sêmen na mulher, sem manipulação externa do óvulo ou do embrião. No ZIFT ocorre a manipulação externa do óvulo, este pode ser gerado em um útero estranho ao da mulher possuidora do material genético, a exemplo de ocorrer o processo gestacional em um útero estranho.

Ainda, no citado artigo 1.597, tratando da filiação consanguínea, inciso III, se a inseminação ocorreu com o sêmen do próprio marido, mesmo que falecido, denominada de homóloga; todavia, acautela-se exigir o consentimento do cônjuge varão para que ocorra a fecundação *post mortem*, pois não se presume que o fornecimento do material genético para a fecundação se estenda para após o seu falecimento. Pois pelo princípio da autonomia da vontade o respeito ao material genético fornecido para fecundação deve ser extremamente claro, para que não paire qualquer dúvida. Em razão dos direitos reflexos que podem advir daquela fecundação artificial assistida.

1104 Artigo. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

1105 Art. 1.597. ... III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

E se a fecundação artificial ocorreu com o sêmen diverso do cônjuge, mas desde que este tenha anuído, conforme determina o inciso V, do citado artigo, é cognominada de heteróloga. A ausência de regramento legal no Brasil faz com que este tipo de fecundação seja regulamentado pela Resolução nº. 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina, o que determina dentre outras regras que o dador do material genético permaneça anônimo, sem que o descendente tenha direito a conhecer sua ascendência genética. E em razão da característica peculiar do anonimato do doador podemos estar diante, por lógica jurídica, de uma hipótese de presunção *juris et de jure*; o que significa dizer: presunção absoluta da paternidade, pois seria incoerente permitir o questionamento posterior da paternidade pelo pai registral, haja visto que o mesmo permitiu e concordou com a fertilização de outro material genético que não o seu, vir após o nascimento negar a paternidade que outrora reconheceu e consentiu a fecundação. Portanto, para o pai registral, seria caso de não permitir o questionamento da paternidade.

E quando a gestação acontecer com os embriões excedentários, desde que havidos por sêmen do próprio marido, conforme permite o inciso IV do citado artigo, são todos presumidamente filhos concebidos na constância do casamento; e pela mesma forma e cautela deve-se colher o consentimento do cônjuge varão, em razão do aumento da prole sem o seu consentimento e os reflexos que podem trazer e até mesmo a responsabilidade civil sobre a utilização do material genético sem autorização.

E como outro tipo de filiação temos a adoção, chamada de parentesco civil. Sendo regulamentada pelo Código Civil, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei nº. 12.010 de 2009, denominada Lei de Adoção. Com rito e procedimento próprio, assegura ao adotante e ao adotado o vínculo da filiação, com todos os seus deveres e direitos. Podendo o adotado ser pessoa maior ou menor de idade, já o adotante deve contar com a idade mínima de dezoito anos, podendo ser solteiro, casado ou estar em união estável. Entre o adotado e o adotante a diferença de idade deve ser de dezesseis anos, preservando a opinião do adotado caso já conte com doze anos de idade.

Com as mudanças sociais ocorridas, os divórcios sendo mais frequentes, e as recomposições familiares que se seguiam; as novas formas de construções dos lares exigiram modificações comportamentais das futuras gerações e também das leis para se adaptarem aos novos tempos. Apesar de não haver por parte do legislador brasileiro nenhuma atitude a este respeito, para se amoldar as relações familiares que surgiram com estas reorganizações familiares, coube então ao Conselho Nacional de Justiça a edição de Provimentos para regulamentar situações existentes entre pessoas que formavam novas relações filiais, mas não se enquadravam nas que já descritas na lei. Com isto criou a possibilidade do reconhecimento da filiação socioafetiva, como sendo aquela relação filial desenvolvida através do convívio social, afetivo e familiar entre duas pessoas, que possuem um sentimento paterno filial entre si e que precisam e necessitam de regulari-

zar a situação fática deste sentimento, para que não fiquem descobertos e a margem da lei, ou seja: sem nenhuma proteção legal, frente a omissão do legislador.

Assim, surge como uma opção a ser somada aos dois tipos legais e já existentes de filiação (consanguínea e civil) e como um terceiro tipo: a socioafetiva.

E o Provimento nº. 63 de 2017, precisamente no artigo 10, regulamenta a possibilidade de reconhecimento perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais o reconhecimento da filiação socioafetiva;¹¹⁰⁶ equiparando os direitos e deveres filiais entre aquelas pessoas, como se fossem pais e filhos da filiação consanguínea.

Uma vez reconhecida a filiação socioafetiva somente poderá ser desconstituída por sentença, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.¹¹⁰⁷

No reconhecimento socioafetivo, como na adoção, deve haver uma diferença de idade entre as partes, *in casu* dezesseis anos; bem como, se o reconhecido e o adotado forem menores, deverão participar também os genitores biológicos.

O que se pode perceber é que tanto na adoção, como no reconhecimento socioafetivo, como existe previamente um registro do reconhecido, deve-se respeitar os atos anteriores da vida que já narram parte da existência daquela pessoa; o que não ocorre na filiação natural, haja vista que não existe registro antecedente.

Por obvio, qualquer discussão acerca da paternidade impedirá o reconhecimento da filiação socioafetiva, conforme determina expressa o artigo 13 do referido provimento.

Contudo, em 2019, foram alterados alguns artigos, através do Provimento nº. 83, passando agora a depender do parecer do Ministério Público para haver o reconhecimento socioafetivo; e caso o parecer não seja favorável o reconhecimento não será feito, arquivando o pedido.¹¹⁰⁸ O que caberá um pedido de suscitação de dúvida ao Juiz para que dissipe o impedimento criado, posto que nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, por garantia constitucional.¹¹⁰⁹

Apesar de não haver qualquer previsão nos Provimentos mencionados quanto a proibição de coexistir duas filiações, a biológica e a socioafetiva, a Corte Constitucional instada pelo Recurso Extraordinário com Agravo nº. 692186, se pronunciou através do Tema nº. 622 que restou assim ementado: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

1106 Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

1107 Art. 10. § 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.

1108 Art. 11. § 9, II – Se o parecer for desfavorável, o registrador não procederá o registro da paternidade ou maternidade socioafetiva e comunicará o ocorrido ao requerente, arquivando-se o expediente.

1109 Artigo. 5, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O que significa dizer que é possível a coexistência de dois tipos de filiação em um só registro de nascimento, garantindo assim todos os direitos e deveres oriundos destas filiações.

3. A PRESUNÇÃO DA PATERNIDADE RECONHECIDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Código Civil, precisamente, no *caput* do artigo 1.597, traz a presunção da concepção do filho ocorrida na constância do casamento no prazo ali fixado em seus incisos, sendo a paternidade apontada ao cônjuge varão.¹¹¹⁰ O casamento tratado legalmente neste artigo é o heteroafetivo, visto tratar de uma legislação do ano de 2002 e que até o presente momento não houve nenhuma alteração no artigo citado, e nesta época não havia o reconhecimento e nem a possibilidade de casamentos com pessoas do mesmo sexo.

Por obvio, o artigo 1.597 trata da possibilidade do registro de nascimento da criança com a declaração feita pela mãe, como permite a Lei de Registros Públicos,¹¹¹¹ onde pode afirmar o nome do pai, apresentando a certidão de casamento, que em razão da filiação ser matrimonial goza de presunção, daí a lavratura do registro.

E esta presunção mesmo que *juris tantum*, ou seja: relativa, limita a prova contrária, dando legitimidade ativa somente ao pai para contrapor a presunção da paternidade, conforme preceitua o já mencionado artigo 1.601;¹¹¹² o que restringe a contestação de terceiros, e indigitando a presunção de que o pai é aquele casado com a mãe.

Ainda, não poderá também contestar a paternidade se a exerceu por anos criando um laço afetivo com o menor, o que por si só constituirá uma paternidade socioafetiva.

Agora caso contrário, não tenha exercido a paternidade e nem convivido como pai com o menor registrado em seu nome e venha a saber da filiação poderá a qualquer tempo propor a ação negatória de paternidade, uma vez que a ação pela regra legal é imprescritível.

Na jurisprudência pacífica da Corte Superior Brasileira é de que “na negatória de paternidade, a legitimidade ativa é exclusiva do pai (natureza personalíssima), res-salvada a possibilidade de que seus herdeiros prossigam na ação, nos termos do art.

1110 Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões ex-cedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

1111 Art. 53. São obrigados a fazer declaração de nascimento: 1º o pai; 2º em falta ou impedimento do pai, a mãe, sendo neste caso o prazo para declaração prorrogado por quarenta e cinco (45) dias;

1112 Art. 1.601 Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

1.601, caput e parágrafo único, do CC.; diferenciando da “declaratória de inexistência de filiação, (onde) admite-se a legitimidade ativa não apenas do pai, como também de outros interessados, que ostentem legítimo interesse econômico e moral na demanda. Encontrando, nessa hipótese, amparo no art. 1.604 do CC.”¹¹¹³

A presunção nada mais é do que uma ficção jurídica de que o pai sempre é o marido da mãe (Dias, 2019, p. 35), podendo ser identificada pela expressão latina: *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

E este tratamento de caráter dogmático da paternidade dado a filiação matrimonial se estende aos filhos nascidos nos cento e oitenta dias (180), pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; aos filhos nascidos nos trezentos dias (300) subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento, pela simples razão de que a gestação humana não ultrapassa este período; aos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; aos filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e aos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Mesmo que restrita a legitimidade do cônjuge varão para a ação negatória de paternidade, o Código Civil tornou imprescritível o direito de contestar a paternidade,¹¹¹⁴ o que é uma considerável modificação, haja vista que no Código de 1916 (art. 339) era prescritível, protegendo assim aquele que se viu prejudicado com o registro em seu nome de quem não era seu filho e nunca conviveu como pai.

Entende-se que o prazo estabelecido no artigo citado de 180 dias tem como termo inicial o dia da convivência conjugal, uma vez que o casamento pode se realizar por procuração; e desta feita, a data da celebração não demarca quando realizado por procuração o início do relacionamento conjugal, o que é uma exceção à regra. Já o prazo de 300 dias, considerado o tempo razoável para o nascimento da criança, uma vez que a concepção tenha ocorrido no último dia da dissolução da sociedade conjugal, quer seja pela morte, separação, divórcio, nulidade ou anulação. E quanto aos dois tipos aceitos de inseminações artificiais existentes em nossa legislação, homóloga e heteróloga, desde que realizadas com as técnicas de fertilizações artificiais assistidas e dentro das regras médicas, do Conselho Federal de Medicina ditadas pela Resolução nº. 2.121/2015, aceitas como filiação consanguíneas a paternidade é de presunção relativa, em razão da prova do casamento.

Ainda, no artigo 1.598 dispõe sobre mais dois tipos de presunção da paternidade. Caso o nascimento do filho acontecer dentro dos trezentos (300) dias a contar do faleci-

1113 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº. 1.809.624 – SP, Relator Ministro Marco Buzzi, publicado em 30/08/2019.

1114 Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

mento do primeiro marido é deste a filiação; e será do segundo marido se o nascimento ocorrer após esses trezentos (300) dias da dissolução da primeira união e já decorrido o prazo de cento e oitenta (180) dias de estabelecida a sociedade conjugal.

E a legislação brasileira determina a aplicação da presunção da paternidade somente a filiação do casamento, ignorando totalmente a filiação que tem origem pela união estável; donde se conclui que faz *tabula rasa* de toda facilitação promovida pela Constituição Federal da conversão da união estável em casamento;¹¹¹⁵ da igualdade constitucional existente entre estas duas formas de constituição de família, como reconhece o Ministro Edson Fachin,¹¹¹⁶ e da decisão da Corte Constitucional que vislumbrando a equiparação da união estável ao casamento,¹¹¹⁷ e que igualou os direitos sucessórios, culminando na Tese de repercussão geral do STF, a qual julgou inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado o mesmo direito sucessório para o casamento e para a união estável,¹¹¹⁸ denotando com clareza que não pode mesmo subsistir a diferenciação legal da união estável com o casamento,¹¹¹⁹ o que por via de consequência não pode haver distinção entre a filiação da união estável e do matrimônio pela lei.

O estado de certeza da filiação com relação a paternidade cria certos direitos exclusivos aos filhos do casamento de imediato ao nascimento; podendo até mesmo reservar o direito do nascituro;¹¹²⁰ a exemplo disto podemos citar o artigo 650 do Código de Processo Civil,¹¹²¹ que agora permite ao nascituro a separação de quinhão, que lhe couber, ficando sob a responsabilidade do inventariante até o seu nascimento. Não necessitando mais de uma tutela provisória com caráter de cautelar, já considerando a nova denominação, como previa o antigo Código Processual,¹¹²² no processo de inven-

1115 Artigo 226. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

1116 Voto proferido pelo Ministro Edson Fachin, Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.ºs. 878.694, T. Pleno, rel. min. Luís Roberto Barroso, j. 10/5/2017: “A questão constitucional que se apresenta para a apreciação desta Suprema Corte é saber se as distinções estabelecidas pelo Código Civil entre cônjuges e companheiros, para fins de direitos sucessórios, são compatíveis com os arts. 5º, I, e 226, §3º, da Constituição da República. Assento 10 (dez) premissas antes de adentrar na questão constitucional posta a debate. A primeira delas é que tanto o casamento como a união estável são modalidades de conjugalidade constitucionalmente asseguradas, inexistindo, portanto, hierarquia entre essas modalidades no texto constitucional, impondo-se, quanto ao que igual, tratamento isonômico.

1117 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988.

1118 Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.ºs. 878.694 e 646.721, T. Pleno, rel. min. Luís Roberto Barroso, j. 10/5/2017.

1119 Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988.

1120 Código Civil, artigo 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

1121 Art. 650. Se um dos interessados for nascituro, o quinhão que lhe caberá será reservado em poder do inventariante até o seu nascimento.

1122 “Fim da posse em nome do nascituro. Não existe mais o procedimento cautelar específico da posse em nome do nascituro. A justificativa para tanto está em que, nos tempos atuais, se admite que a gestante postule em nome do nascituro sem que haja sentença investindo-a na posse em nome daquele; além disso, a tecnologia para determinação da paternidade, hoje, é muito mais avançada e precisa do que aquela existente na época da entrada em vigor do

tário, se for o caso, para evitar o perecimento de direito do nascituro e ao mesmo tempo resguardar este direito.

Já na união estável como não existe a presunção da paternidade a este filho não se pode aplicar o citado artigo 650 do Código de Processo Civil.

Portanto, se analisada com minúcia a aplicação da presunção da paternidade e verificada que a permissão só existe para os filhos havidos no matrimônio revela e denuncia a falácia e fragilidade do tão propalado discurso de igualdade que se diz existir na legislação brasileira aos filhos, havidos ou não do casamento.

E podemos citar como exemplo os efeitos da presunção da paternidade, primeiramente, aos direitos que dizem respeito ao registro de nascimento do nascido em nome do pai.

A esposa grávida fica viúva, e ao dar à luz poderá registrar seu filho com o nome do marido desde que apresente no Cartório de Registro Civil a certidão de casamento, pois goza da presunção da paternidade sobre o cônjuge falecido; todavia, esta mesma presunção não poderá ser exercida caso esteja grávida e seja de uma união estável, mesmo que comprovada documentalmente, através de escritura pública.

Porque a legislação brasileira apenas reconhece a possibilidade da presunção filial em caso de casamento, devendo então a companheira recorrer ao Poder Judiciário para haver o reconhecimento da presunção da paternidade, se reportando a julgados já existentes na Corte Superior;¹¹²³ ou se socorrer a uma ação de investigação de paternidade, com prova pericial do tipo exame de DNA, onde será utilizado o material genético da mãe, da criança, e com relação ao pai, poderá ser feita a exumação ou utilizado o material de ascendência paterna, ou a descendência caso exista, outros filhos, para que se encontre o resultado; tudo isto imputando gastos e mais tempo ao nascido para exercer o seu direito de ter o nome do seu pai em seu registro de nascimento.

O que certamente atrasaria o registro de nascimento da criança recém-nascida e todos os direitos que dependam do seu registro de nascimento.

Se sopesarmos qual das duas ações, a declaratória de união estável para a aplicação do artigo 1.597, inciso II do Código Civil ou a investigação de paternidade,

CPC/1973 (RSCD, voto do relator, p. 296, citando jurisprudência do TJSP que admitiu, ainda que implicitamente, a possibilidade de a mãe postular diretamente em nome do nascituro). Em razão disso, este CPC 650 já determina que se proceda à reserva do quinhão devido ao nascituro, a cargo do inventariante.” (Nery, 2019, 1470).

1123 “... IV - Assim, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, § 3º), admite a união estável e reconhece nela a existência de entidade familiar, nada mais razoável de se conferir interpretação sistemática ao art. 1.597, inciso II, do Código Civil, para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável. V - Na espécie, o companheiro da mãe da menor faleceu 239 (duzentos e trinta e nove) dias antes do seu nascimento. Portanto, dentro da esfera de proteção conferida pelo inciso II do art. 1.597 do Código Civil, que presume concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes, entre outras hipóteses, em razão de sua morte. VI - Dessa forma, em homenagem ao texto constitucional (art. 226, § 3º) e ao Código Civil (art. 1.723), que conferiram ao instituto da união estável a natureza de entidade familiar, aplicam-se as disposições contidas no artigo 1.597 do Código Civil, ao regime de união estável.” Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 1194059/SP, rel. Ministro Massami Uyeda, j. 06/11/2012, DJe 14/11/2012.

certamente, a opção mais acertada será a investigação, haja vista que poderíamos esbarrar na possibilidade de encontrar opiniões judiciais divergentes quanto a aplicação da presunção da paternidade aos filhos oriundos da união estável. Entretanto, o que não se pode aceitar é a continuidade do tratamento desigual dado pela legislação brasileira aos filhos do casamento e aos filhos da união estável, no que diz respeito a presunção da paternidade, quando a união estável pode ser comprovada documentalmente.

Outro exemplo do prejuízo que pode vir a ocasionar a falta de presunção da paternidade da filiação havida pela união estável.

A esposa grávida de três meses, falece o cônjuge varão. É possível o registro de nascimento da criança. Mas mesmo antes do registro, caso ocorra a abertura do inventário, e no transcorrer do processo do inventário, em razão da natureza dos bens, pode-se pedir a separação de bens, como previsto no já citado artigo 650 do Código de Processo Civil, para assegurar os direitos sucessórios do nascituro, haja visto que a lei processual e material assegura os seus direitos.¹¹²⁴

Todavia, se tratar de uma companheira grávida de três meses, falece o seu companheiro, de uma união estável, constituída regularmente pela escritura Pública. Não poderá pedir a tutela concedida no citado artigo 650 do Código de Processo Civil, como assecuratória dos direitos do nascituro, uma vez que não há presunção da paternidade se a filiação é originária de uma união estável.¹¹²⁵

Mais um exemplo.

Depois do cônjuge varão saber da gravidez abandona a esposa. E após dar à luz, em razão da presunção da paternidade, o filho nascido é registrado em nome do cônjuge varão. A esposa não terá nenhuma dificuldade em ajuizar a ação de alimentos uma vez que já possui o registro de nascimento constando o nome do pai da criança e obter a liminar dos alimentos, em sede de tutela antecipada, para que o rebento possa desde já usufruir deste direito, que lhe é garantido pelo Código Civil e pela lei específica de alimentos - Lei nº. 5.478 de 1968.

Porém, caso a companheira engravide e o companheiro a abandone, mesmo que tenham constituído uma união estável com toda a formalidade e rigor legal através de uma escritura pública, a mãe não poderá registrar a criança em nome do pai, pois não existe a presunção de paternidade de filiação na união estável. E a companheira deverá propor a ação de investigação de paternidade para depois propor a ação de alimentos, por obvio representando o menor, visando receber os direitos que a criança

1124 Código Civil, artigo 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

1125 “Pressupõe-se, contudo, em caso de gestação resultante de relação havida entre a mãe e o de cujus fora do casamento ou da união estável, que seja proposta a ação de investigação de paternidade tão logo ocorra o nascimento da criança, de modo que ela possa ser incluída na sucessão e ter direito ao quinhão que lhe fora reservado. Nada impede, ainda, que a mãe requeira ao espólio a concessão de alimentos gravídicos, nos termos da L 11804/08, ou que o espólio arque com alimentos gravídicos que o pai porventura já viesse providenciando.” (NERY, 2019, p. 1470)

tem. Mesmo utilizando de todos os recursos legais, a exemplo da Súmula nº. 301 do STJ,¹¹²⁶ e invocando o parágrafo único do artigo 2-A da Lei nº. 8.560 de 1.992,¹¹²⁷ retardará muito o alcance dos direitos deste nascituro; o que indubitavelmente seria muito mais célere se gozasse da presunção de paternidade da filiação como tem direito o filho havido do matrimônio, pois assim teria que propor diretamente a ação de alimentos, nada mais.

Em arremate, o filho havido pela união estável por não gozar da presunção de paternidade acaba por atrasar o seu registro de nascimento em nome do pai; bem como o exercício dos direitos reflexos e que ficam pendentes e a espera do reconhecimento de sua filiação paterna, conforme se restou comprovado pelos exemplos citados. O que não é possível permitir que continue a ocorrer.

4. CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS E A DESIGUALDADE DE TRATAMENTO AOS FILHOS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Comparato (2008) foi prudente em relatar que o homem é um ser livre e dotado de vontade, mas que assenta as suas normas, que compõe a sociedade onde vive em axiomas, frente as suas preferências valorativas recepcionada naquele ambiente e que serão sempre suscetíveis de consciente violação.

E por isto com o desenvolvimento da sociedade faz-se necessário positivar os direitos e bem como os desrespeitos a estes direitos, dentro de um juízo crítico avaliativo de cada Estado, sob pena de se transformar a convivência em um caos.

Para compreensão didática, Norberto Bobbio (1992) classificou os direitos em geração, já Starlet (2009) adotou a palavra dimensão para explicar a evolução dos direitos.

A Teoria das Gerações de Direitos Humanos foi atribuída a Karel Vasak, um jurista tcheco, naturalizado francês, partindo das cores da bandeira da França, associada ao lema da Revolução Francesa, “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” (MARMELSTEIN, 2009, p. 40).

A primeira geração é identificada como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, caracterizando um cunho mais individualista dos direitos, sendo oponíveis ao Estado, de titularidade individual, mas as vezes de exercício coletivo. A segunda geração é reconhecida como de direitos sociais. Já a terceira geração são os direitos coletivos. E a quarta geração são os direitos derivados do patrimônio genético que compõem cada ser vivo; e, logo, sujeito de direito.

1126 Súmula nº. 301 do STJ: "em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade".

1127 Art. 2o-A. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, foi nominada como Pacto de San José da Costa Rica em razão do local em que foi assinada e entrou em vigor em 18 de julho 1978. Faz parte do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e elenca um rol de direitos civis e políticos, em sua Parte I, que é a parte que contém o artigo 17, item 5, onde trata dos direitos de igualdade da filiação, nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento.

O Brasil, como Estado membro da Organização dos Estados Americanos (OEA), ratificou o Pacto no ano de 1992, e promulgou-o internamente pelo Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992.

Verifica-se pelos termos da Convenção que a sua proteção é coadjuvante da cena aos Estados-partes, o que significa dizer que a Convenção Americana complementa a jurisdição nacional e não a substitui. Assegurando a competência inicial aos Estados membros; todavia, podendo o sistema interamericano atuar concorrentemente para proteger um direito que o Estado membro não garantiu ou não preservou aos seus jurisdicionados, mas que está contido no Pacto, desde que ratificado.

O que equivale dizer que o sistema interamericano só irá atuar após oportunizar ao Estado membro a sua ação ou em caso de omissão poderá também exercer o seu papel; portanto, fica claro pela interpretação do artigo 2º da Convenção que o Estado-parte comprometeu a adotar, mesmo que progressivamente, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.¹¹²⁸

Pois bem, o Brasil ratificou o Pacto em 1992, o atual Código Civil de 2002 entrou em vigor em janeiro de 2003; e a desigualdade ocorre justamente na legislação civil, no artigo 1.597, onde verifica-se que a presunção de paternidade é concedida somente aos filhos do matrimônio e não reconhece este mesmo direito aos filhos havidos pela união estável, mesmo que esta mesma lei já reconhece a existência da união estável.

E até a presente data, não houve qualquer medida legislativa, mesmo que, progressivamente, como determina o Pacto, em seu artigo 26,¹¹²⁹ para ceifar a desigualdade existente na questão da presunção da paternidade somente aos filhos havidos pelo matrimônio, configurando total omissão estatal e contínua desigualdade de proteção aos direitos afirmados na Convenção, de que o Brasil é signatário, precisamente,

1128 Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

1129 Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo. Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

ao artigo 17, item 5,¹¹³⁰ onde preceitua que a “lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento”; e conforme demonstrado no item anterior deste trabalho restou claro que a legislação brasileira faz distinção entre os filhos havidos no matrimônio e os filhos havidos na união estável no que diz respeito a presunção da paternidade, mesmo que seja presunção relativa. Pois o retardo ao registro da filiação afeta diretamente ao registro de nascimento no tocante a filiação paterna, bem como aos direitos derivados deste registro filial, os quais já foram citados, comentados e exemplificados no item anterior e que vale a pena repetir: o registro da filiação propriamente dito, a habilitação no processo de inventário, o ajuizamento da ação de alimentos e todos aqueles direitos que precisam e derivam da prova da filiação paterna ou que precisam da prova do parentesco filial paterno.

Mesmo em que pese o argumento de que não há diferenciação quanto aos direitos e deveres com relação a estes filhos, estes direitos só poderão ser exercidos após o registro da filiação paterna. Não resta dúvida é que em razão da falta de presunção da filiação paterna, existente apenas para os filhos do matrimônio, atrasa o direito no registro dos filhos da união estável e por via de consequência acaba por atrasar o exercício de todos os direitos dele derivados. E o atraso por si só já gera um prejuízo sem justificava para estes.

E desde que comprovada documentalmente a união estável, e sendo equiparada ao casamento pela jurisprudência, inclusive reconhecida pela Corte Constitucional, esta igualdade de ambos os institutos civis; e mais, não sendo permitido o tratamento desigual aos filhos nascidos fora do casamento, com os filhos nascidos do casamento, pela Convenção Americana de Direitos Humanos, não existe argumento legal que justifique que a presunção de paternidade possa ser exercida somente pelo filho do matrimônio e não possa ser exercida pelo filho da união estável.

“Não há família de primeira e segunda classes, porque não há cidadãos de primeira e segunda classes”, *ipso factum*, não há filhos de primeira classe e filhos de segunda classe.¹¹³¹

Como já vimos o filho concebido na união estável, mesmo quando a união é comprovada documentalmente, recebe tratamento diferenciado, não podendo gozar da presunção de paternidade pela legislação brasileira, razão pela qual se conclui ser uma falácia o discurso de igualdade da filiação brasileira.

Por isto, vale a pena demonstrar o quão é inverídica a afirmação de igualdade de tratamento dos filhos, quer seja eles oriundos ou não do casamento.

1130 Artigo 17 - Proteção da família Item 5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento.

1131 Voto proferido pelo Ministro Edson Fachin, Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nºs. 878.694, T. Pleno, rel. min. Luís Roberto Barroso, j. 10/5/2017

E, nesta oportunidade, como o sistema interamericano é composto por órgãos e monitoramento e implementação para que os Estados-partes cumpram os compromissos assumidos na Convenção, e verificando que Brasil, nem mesmo progressivamente, está cumprindo o compromisso assumido, neste aspecto, vale a pena trazer o relato para que sensibilize a comunidade, ao menos jurídica, e faça despertar que esta situação não deve continuar.

Cabendo até mesmo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos,¹¹³² como órgão competente para promover e estimular a consciência dos direitos humanos, recomendar ao governo do Brasil, como Estado-membro, uma medida progressiva, para que seja respeitada, não só os preceitos do Pacto firmado, mas também os preceitos constitucionais, para que sejam iguais os direitos a gozar da presunção da filiação na constância da união estável, desde que comprovada documentalmente, a toda descendência desta forma de composição familiar, sob pena de continuar estes filhos a serem prejudicados em seu direito de exercício imediato de registro da filiação paterna e seus direitos dele derivado.¹¹³³

Porque uma das funções ou talvez como função principal da Comissão é promover a observância e a defesa dos direitos humanos, podendo ser apresentada por qualquer cidadão petições que contenham denúncias ou queixas de violação do Pacto por um Estado-parte.¹¹³⁴

Assim, objetivando despertar na comunidade jurídica a necessidade de peticionar junto a Comissão, demonstrando a ocorrência de violação ao direito firmado no artigo 17, item 5, do Pacto, que é o direito a igualdade aos filhos havidos ou não do casamento e a contradição da norma legal brasileira em permitir a presunção da paternidade somente aos filhos do matrimônio; expondo e cumprindo na petição todos os requisitos exigidos pelo artigo 46 da Convenção.¹¹³⁵

1132 Artigo 33 - São competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta Convenção: a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

1133 Artigo 41 - A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício de seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; b) formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; c) preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; d) solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; e) ...

1134 Artigo 44 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

1135 Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. 2. As disposições das alíneas "a" e "b" do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos. 2. A Corte, a pedido de

E ao depois, a Comissão, cumprindo a sua função, declare admissível a petição, e se necessário solicite informações ao Governo Brasileiro, examinando, minuciosamente, se for o caso, e colha as provas necessárias, para que formalize uma solução amistosa ao imbróglio criado pelo legislador nacional; ou então seja, pela Comissão, concedido o prazo legal para que o Estado-parte tome as medidas que lhe competir para remediar a situação examinada; finalizando com a análise da própria Comissão se foram tomadas as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório.¹¹³⁶

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dogmática da paternidade criada pela legislação para o instituto do casamento não resta dúvida que se origina de tempos remotos e bem anteriores aos novos rumos da família moderna trazida não só pela ciência, mas também pela afetividade que hoje caminha para a formação da verdadeira família e menos monetarizada. Mas se o legislador brasileiro resolveu manter a presunção da filiação paterna ao casamento, concedendo as benesses a estes filhos, deveria também sopesar e não deixar desprotegidos os filhos havidos da união estável, desde que comprovada documentalmente, sob pena de bradar falaciosamente uma igualdade que não existe na lei. Assim, o próprio legislador acabou por ser responsável pela desigualdade criada entre os filhos e que pode, escancaradamente, acontecer entre irmãos unilaterais. E como o mote do texto é a Convenção Americana de Direitos Humanos aqui se ressaltou o desrespeito havido ao preceito nela contido sobre a igualdade filial e aceito pelo Brasil quando se tornou Estado-parte, sob pena de nada adiantar assinar os compromissos ali postados e legislar contrariamente ao que foi firmado, e por isto não podemos esquecer que:

um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

- 1136 Artigo 48 - 1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue a violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira: a) se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação, solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. As referidas informações devem ser enviadas dentro de um prazo razoável, fixado pela Comissão ao considerar as circunstâncias de cada caso; b) recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado sem que sejam elas recebidas, verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação. No caso de não existirem ou não subsistirem, mandará arquivar o expediente; c) poderá também declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da petição ou comunicação, com base em informação ou prova supervenientes; d) ... Artigo 49 - Se se houver chegado a uma solução amistosa de acordo com as disposições do inciso 1, "f", do artigo 48, a Comissão redigirá um relatório que será encaminhado ao peticionário e aos Estados-partes nesta Convenção e posteriormente transmitido, para sua publicação, ao Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos. O referido relatório conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada. Se qualquer das partes no caso o solicitar, ser-lhe-á proporcionada a mais ampla informação possível. Artigo 50 - 1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, "e", do artigo 48. 2. O relatório será encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo. 3. Ao encaminhar o relatório, a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas. Artigo 51 - 1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração. 2. 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. 3. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório.

a) a legislação brasileira reconhece dois tipos de filiação: a consanguínea e a civil; inovando com um terceiro tipo, através do Provimento do Conselho Nacional de Justiça, e recepcionando as modificações havidas nas famílias, cria a possibilidade da filiação socioafetiva;

b) a presunção de paternidade ofertada pela legislação brasileira alcança apenas os filhos oriundos do matrimônio. E com regras de lapso temporal que lhe são próprios, a norma legal exige quando do registro a prova o casamento para o exercício da presunção. Com a possibilidade de presunção até mesmo quando ocorre a reprodução humana assistida, quer seja na modalidade homóloga ou heteróloga;

c) conclusivamente, o texto relata que a presunção de paternidade aplicada somente aos filhos do casamento desrespeita a Convenção Americana de Direitos Humanos; mas não podemos esquecer que esta desobediência também aconteceu à norma constitucional, que prevê o tratamento de igualdade aos filhos, em todos os direitos e deveres. E sendo o Brasil um Estado-parte não pode aceitar tal procedimento legal;

d) finalmente, em razão da função exercida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e por se tratar o texto de expor o descumprimento aos preceitos de um Estado-parte, espera despertar na comunidade jurídica a necessidade de peticionar, como permite o Pacto, para que os direitos com relação a igualdade de tratamento dos filhos e outrora pactuados sejam respeitados pelo nosso país, visto tratar de direitos humanos, com proteção internacional.

BIBLIOGRAFIA

- BELTRAMELLI NETO, SILVIO. *Direitos humanos*. 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. *Direitos humanos em concreto*. Curitiba: Juruá, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 13ª ed., São Paulo: RT, 2019.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 5. 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: MÉTODO, 2019.
- NERY, JR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: RT, 2019.
- NERY, Rosa Maria Andrade. *Instituições de Direito Civil*. Volume V. São Paulo: RT, 2015.
- OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia e LAZARI, Rafael de. *Manual de Direitos Humanos*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 2010.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, 10ª ed.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Volume 5, 14ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

AS FAMÍLIAS TRANSNACIONAIS E AS DECISÕES DAS CORTES DE DIREITOS HUMANOS

Inez Lopes

RESUMO: As famílias transnacionais são aquelas que estão vinculadas a dois Estados simultaneamente e estão sob proteção dos respectivos Estados envolvidos. A partir de métodos qualitativos, o presente artigo objetiva estudar brevemente os regimes de proteção da família internacional, seja pela ordem constitucional, seja pela ordem internacional, em matéria de direitos humanos. Estuda a proteção da família e da criança à luz do direito internacional público, assim como as questões relativas às famílias transnacionais em matéria de direito internacional privado. Analisa a jurisprudência brasileira sobre as famílias transnacionais, mormente as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Analisa, ainda, seletas decisões das cortes internacionais de direitos humanos relativas à proteção da família, de seus membros e da aplicação do princípio do melhor interesse da criança, com foco especial na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

PALAVRAS-CHAVE: famílias transnacionais, direitos humanos, direito internacional privado, tribunais internacionais, princípio do melhor interesse da criança.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A família plural e líquida na pós-modernidade. 3. A Proteção das Famílias nas Ordens Constitucionais. 4. A Proteção Da Família à Luz Direito Internacional Público: breves considerações. 5. As Famílias Transnacionais e as Questões De Direito Internacional Privado. 6. A Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos e as Questões relativas à Família. 7. As Decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos em Matéria de Família. 7.1 Caso *Marckx c. Bélgica*. 7.2 Caso *Harroudj c. França*. 7.3 Caso *Neulinger e Shuruk c. Suíça*. 8. As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em Matéria de Família. 8.1 Caso *Fornerón e Filha c. Argentina*. 8.2 Caso *Contreras e outros c. El Salvador*. 8.3 Caso *Karen Atala Riffó e Crianças c. Chile*. 9 . Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A família na sociedade contemporânea é plural e “líquida”¹¹³⁷. Inexiste uma noção universal de família. A pluralidade de Estados soberanos e a diversidade cultural entre os múltiplos povos, qualificam diferentemente as famílias. Até mesmo no campo jurídico nota-se qualificações distintas, a exemplo da idade núbil que define a capacidade para se casar. No Brasil, a idade núbil é a partir dos 16 anos, no Irã a partir dos 13 para meninas. Há casos de autorização para se casarem crianças com apenas 10

1137 O termo “líquido” é um empregado a partir das obras de Zygmunt Bauman sobre a fragilidade dos vínculos humanos em seus relacionamentos na modernidade líquida e, consequentemente afetam as relações familiares, os núcleos familiares, a duração dos relacionamentos e as formas de reprodução. Ver: BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007. BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: Sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2004.

anos O direito de família pertence tradicionalmente ao ramo do direito civil/privado. Todavia, é igualmente verdadeiro que certas questões relacionadas ao direito de família podem pertencer ao ramo de direito público. Enquanto no direito privado, a formação da família deve ser oriunda de uma vontade plena de uma pessoa no exercício de sua capacidade civil; na dimensão publicista, os efeitos na formação da família dialogam com ramos do direito público, tais como a previdência social, o direito de migração e o direito tributário. A família poligâmica não goza de iguais direitos à família monogâmica, muitos países proíbem a poligamia. Importante salientar que a religião e a moral influenciam fortemente na formação dos núcleos familiares, assim como em relação aos direitos e deveres dos membros das famílias.

O direito de criar uma família constitui direito fundamental de toda pessoa que goza de sua plena capacidade civil. Toda pessoa tem o direito de pertencer a uma família. Além disso, todo indivíduo goza de direitos de personalidade –aqueles inerentes e essenciais à pessoa humana, de natureza não patrimonial, em respeito à sua dignidade enquanto sujeito de direitos, entre eles o direito à vida, à liberdade, à integridade física e psíquica, o direito a um nome, o direito à filiação e direito de manifestar sua vontade em contrair núpcias. São direitos próprios da condição humana ao longo da jornada da vida civil. Os direitos fundamentais exigem simultaneamente prestações negativas dos Estados em respeito à vida privada familiar e positivas para garantir uma efetiva proteção a todos os membros em caso de violação ou ameaça a direitos.

Embora o direito de constituir família seja um direito humano, inúmeras questões podem surgir nas relações privadas familiares transnacionais, relativas ao universalismo ou relativismo cultural dos direitos humanos. É universal a proibição do casamento de crianças; todavia, há choque “civilizatório” concernente à idade núbil, uma vez que compete aos Estados estabelecerem as normas relativas ao casamento. Enquanto certos países permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, outros proíbem.

A globalização é um fenômeno que promove a internacionalização das atividades humanas, com fundamento nas quatro liberdades: livres circulações de mercadorias, serviços e capitais e, em certo grau, de pessoas. Há a globalização jurídica que objetiva garantir uma justiça global, seja pelo acesso horizontal aos tribunais estatais, seja pelo acesso vertical às cortes internacionais de direitos humanos.

A mobilidade de pessoas engendra relações jurídicas privadas que interferem nas famílias. A migração, por exemplo, é inerente à condição humana desde os tempos mais longínquos, e a circulação de pessoas é bastante intensa, mesmo com severos controles migratórios pelos Estados economicamente desenvolvidos. Migrar constitui um direito humano. E a migração dá origem às famílias transnacionais.

Este artigo objetiva precipuamente estudar brevemente os regimes de proteção da família internacional, seja pela ordem constitucional, seja pela ordem internacional

em matéria de direitos humanos. Estuda a proteção da família e de seus membros, mormente a proteção da criança para garantir o seu melhor interesse. As famílias são plurais e líquidas e a noção sobre o assunto é diversa, com múltiplos núcleos familiares. O artigo estuda as famílias transnacionais – aquelas que estão sob a proteção de dois Estados simultaneamente, que estão sob proteção dos respectivos Estados envolvidos. Analisa, igualmente, as decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre as famílias transnacionais. Por fim, analisa seletas decisões das cortes internacionais de direitos humanos relativas à proteção da família, de seus membros e da aplicação do princípio do melhor interesse da criança, abordando principalmente os trabalhos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2. A FAMÍLIA PLURAL E LÍQUIDA NA PÓS-MODERNIDADE

A família é uma instituição em evolução. É complexa, plural e líquida. A sociedade pós-moderna se fundamenta na pessoa enquanto um fim em si mesma, buscando uma satisfação pessoal, de felicidade, independentemente de padrões sociais pré-estabelecidos, inclusive em normas jurídicas. Não há um conceito único de família. A noção de família evolui no tempo e se difere nos diferentes espaços geográficos.

As leis atribuem valores a certos tipos de famílias e estas estão constituídas sob a égide e proteção de normas estatais. Assim, uma norma jurídica de um Estado retrata o modelo social de família. A história do direito de família releva a incongruência entre a norma e a realidade social. O reconhecimento das famílias nem sempre correspondeu às estruturas familiares encontradas na sociedade¹¹³⁸, e planificadas na lei. As famílias podem estar dentro e fora da “caixa social”; conseqüentemente, as famílias fora de determinados padrões sociais sofrem violações de direitos fundamentais por discriminação na própria lei e por violar o direito à vida privada familiar. Cita-se o exemplo da negação do direito à filiação à criança pelo fato de ela estar fora da “caixa social”: por ter nascido fora do casamento ou se fruto de uma relação adulterina. A afirmação dos direitos humanos impõe ao Estado a obrigação de garantir a efetividade de direitos fundamentais, uma vez que tais direitos pertencem à própria pessoa, inadmitindo-se quaisquer restrições a esses direitos.

O núcleo familiar ainda está preconcebido na união entre homem e mulher com filhos nascidos da relação matrimonial, podendo ser extensível a outros membros, entre outros, como avós, tios, primos e sobrinhos. Apesar disso, as legislações não estão em sintonia com a realidade social. De acordo com Maluf, “na lição de San Tiago Dantas na sociedade moderna ocidental, o matrimônio monogâmico é a base geral sobre a qual se assenta a família”¹¹³⁹.

1138 LEMOS Filho, Arnaldo e et al. *Sociologia Geral e do Direito*. Campinas: Editora Alínea, 2004, p. 287.

1139 MALUF, Adriana Caldas do Rego Feritas Dabus. *Novas Modalidade de Família na Pós-modernidade*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador Roberto João Elias, 2010.

Importante salientar que a família mudou. O número de casamentos tem diminuído em muitos países, dando origem à união estável ou à família monoparental. Na sociedade pós-moderna, o ser humano busca a felicidade, independentemente dos tipos de núcleos familiares. Segundo Maluf, a pós-modernidade consagrou diversas modalidades de família desconhecidas na atualidade tentando, principalmente tendo em vista seu caráter eudemonista e modificador, fazer com que o homem possa finalmente alcançar a tão sonhada felicidade e inserção”¹¹⁴⁰.

As transformações sociais refletiram na concepção de família não apenas em relação à estrutura, como também no que diz respeito às funções de seus membros, em especial o papel da mulher, que passa a ser sujeito de plenos direitos, promovendo uma maior igualdade de gênero.

Hodiernamente, o núcleo familiar é plural. Outros avanços foram o reconhecimento pelos Estados de uma pluralidade de núcleos familiares, outorgando os mesmos direitos à família monoparental, aquela constituída por apenas um dos genitores (pai ou mãe) e a criança, aos concubinatos, à união estável e à união entre pessoas do mesmo sexo.

O conceito de família pode diferir em alguns aspectos de um país para outro e até mesmo entre regiões no território de um determinado Estado. A condição da família moderna é a sua pluralidade, o que torna impossível ter um único e universal conceito em sociedades culturalmente diferentes dadas as suas peculiaridades. Paulo Nader diz que “a organização da família se processa à luz de princípios e de regras oriundos dos vários instrumentos de controle social: a lei, a moral, a religião e as regras de trato social”.¹¹⁴¹ Neste contexto, os Estados estabelecem as normas de direito de família em nível constitucional e de direito privado, mantendo-se uma coexistência entre ordenamentos jurídicos distintos. Ver-se-á que a proteção internacional da família e seus membros, sobretudo os grupos mais vulneráveis, como crianças e pessoas com deficiência, é necessária para estabelecer uma igualdade jurídica entre eles.

3. A PROTEÇÃO DAS FAMÍLIAS NAS ORDENS CONSTITUCIONAIS

Importante destacar que na formação do Estado, Jean Bodin definiu a *Res Publica* como um “justo governo de várias famílias e do que lhes é comum com poder soberano”¹¹⁴². Desse modo, cada Estado, no exercício de seu poder soberano, define família em seu sistema jurídico-normativo, atribuindo direitos e deveres a cada um de seus membros. Nota-se que as famílias gozam de proteção especial nas constituições dos

1140 MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A Composição da Família Na Pós-Modernidade. *Revista FMU Direito*, São Paulo, ano 24, n. 34, p.1-17, 2010. ISSN: 2316-1515, p. 16.

1141 NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2010, p.19.

1142 BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Édition et présentation de Gérard Mairet. Paris : Librairie Générale Française, 1993, p. 52.

Estados. Certos direitos inerentes à vida familiar também foram reconhecidos a partir de decisões proferidas pelos tribunais constitucionais dos Estados.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil (CF) reconhece a família como a base da sociedade brasileira e tem especial proteção do Estado, disposto no título referente à Ordem Social brasileira. O planejamento familiar é livre, fundado na dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 226, § 7º do mesmo diploma. Além disso, a família, o Estado e a sociedade são responsáveis pelos direitos da criança e de seu desenvolvimento. Ressalta-se que as famílias se baseiam em outros direitos fundamentais constitucionais como proibição à discriminação por sexo, raça, cor, religião e deve, ainda, promover a igualdade e equidade de gênero na formação da família.

Atualmente, o Brasil reconhece as famílias hetero como homoafetivas. O reconhecimento da família entre pessoas do mesmo sexo foi decidida por meio do Poder Judiciário em 2011, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu direitos às famílias homossexuais por vias oblíquas, devido ao silêncio do Poder Legislativo em atuar sobre o assunto e da divergência interna quantos aos aspectos formais, nas quais o reconhecimento dependeria de uma emenda à Constituição. Desse modo, a união homoafetiva foi admitida como entidade familiar por analogia à união estável, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277, a pedido da Procuradoria-Geral da República, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132.

Esta decisão trouxe reflexos à vida familiar. O Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, aprovou a Resolução n. 175 de 14 de maio de 2013, impedindo que os cartórios de registro civil se recusassem a converter uniões estáveis homoafetivas em casamento civil, em moldes semelhantes à união estável heterossexual. Essa resolução equiparou o casamento civil entre heterossexuais e homossexuais, garantindo os mesmos direitos e efeitos, como pensão alimentícia, direito à herança, direitos previdenciários, partilha dos bens adquiridos na vida comum e, principalmente, a possibilidade de os conflitos serem discutidos perante as varas especializadas de família.

A Constituição do México estabelece no artigo 4º que “mulheres e homens são iguais perante a lei” e “esta protegerá a organização e o desenvolvimento da família”. As leis infraconstitucionais devem garantir a proteção da família e de seus membros. A Constituição chilena insere no artigo 1º que “a família é o núcleo fundamental da sociedade” e dever do Estado protegê-las, como preceito base da institucionalidade. Por sua vez, a Constituição da Argentina igualmente reconhece no artigo 14 bis, parágrafo 2º, (...) “a proteção integral da família; defesa do bem da família; compensação financeira familiar e acesso a moradias decentes”. Já a Constituição da Colômbia é semelhante à Constituição brasileira ao categoricamente atribuir ao Estado a proteção da família como instituição básica da sociedade, nos termos do artigo 5º. No capítulo referente

a direitos fundamentais difere da Constituição brasileira ao inserir a discriminação de origem familiar. Assim dispõe o artigo 13:

Todas as pessoas nascem livres e iguais perante a lei, receberão a mesma proteção e tratamento das autoridades e gozarão dos mesmos direitos, liberdades e oportunidades, sem qualquer discriminação com base em sexo, raça, origem nacional ou **familiar**, idioma, religião, opinião política ou filosófica.

As crianças e adolescentes, por sua vez, gozam de proteção especial diferente das famílias, pois essas famílias (genitores, cuidadores, tutores) são responsáveis por sua proteção. A Constituição colombiana, por exemplo, é categórica ao afirmar que os direitos das crianças prevalecem sobre os direitos dos demais membros da família. No Brasil, a Constituição atribui a responsabilidade à família, além do próprio Estado e da sociedade.¹¹⁴³ No seio das famílias, não deve haver discriminação entre filhos nascidos dentro ou fora do casamento, gozando de iguais direitos.¹¹⁴⁴ A Constituição argentina, por sua vez, estabelece que compete ao Congresso a obrigação de promover medidas de ação positiva que garantam a verdadeira igualdade de oportunidades e tratamento, e o pleno gozo e exercício dos direitos reconhecidos pela Constituição e pelos tratados internacionais em vigor sobre direitos humanos, particularmente no que diz respeito às crianças; mulheres, idosos e pessoas com deficiência, conforme o artigo 75, § 23.

Com relação à questão de gênero, as Constituições proíbem quaisquer tipos de discriminações nas sociedades. Com relação à vida familiar, as constituições brasileira e colombiana afirmam categoricamente que as relações familiares/sociedades conjugais se baseiam em igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher.

Nota-se, portanto, que as famílias são as essências das sociedades plurais e diversificadas. Não obstante, os sistemas de proteção da família apresentam valores constitucionais diversos. Constata-se a proteção das famílias como direito humano fundamental, entre os direitos fundamentais, a proteção à vida privada familiar, à não-discriminação nas relações familiares –incluindo a de seus membros, à propriedade familiar, à obrigação de proteção especial aos mais vulneráveis, como idosos, pessoas com deficiência, mas especialmente de proteção ao melhor interesse criança.

4. A PROTEÇÃO DA FAMÍLIA À LUZ DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO: BREVES CONSIDERAÇÕES

Os tratados internacionais de direitos humanos garantem à pessoa a liberdade de constituir família e estabelecem direitos mínimos à proteção familiar. Os princípios de

¹¹⁴³ Cf. artigo 227.

¹¹⁴⁴ Exemplos: Constituição do Brasil. Art. 227, § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação; Constituição Colômbia. Artigo 42, § 5º As crianças nascidas dentro ou fora do casamento, adotadas ou procriadas naturalmente ou com assistência científica, têm direitos e deveres iguais.

direitos humanos interferem na operacionalização do método de solução de conflitos do direito internacional privado,¹¹⁴⁵ considerando-se que a civilização pós-moderna se caracteriza exatamente pelo pluralismo de estilos e de valores de vida.¹¹⁴⁶

A noção clássica de família é definida como o direito de homem e mulher contrair matrimônio, conforme dispõe o artigo XVI da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, e o artigo 23, § 2º do Pacto de Direitos Civis e Políticos, de 1966.

No Sistema Regional de Direitos Humanos, as Convenções Americana e Africana reconhecem expressamente a família como núcleo fundamental ou base da sociedade, atribuindo ao Estado o dever de protegê-la. Na relativização dos direitos humanos, a Convenção africana determina, ainda, a obrigação do Estado de assistir a família na sua missão de guardiã da moral e dos valores tradicionais reconhecidos pela comunidade. A convenção europeia, por seu turno, estabelece regras o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência, não podendo haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista em lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para sua proteção.

Quanto ao direito ao casamento, as convenções americana¹¹⁴⁷ e europeia¹¹⁴⁸ reconhecem o de homem e mulher contraírem matrimônio, observando-se a idade núbil e as leis nacionais em relação às condições exigidas para o exercício deste direito. A convenção americana estabelece, ainda, que o casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes, nos termos do artigo 17, § 3º. Ambas as convenções afirmam a igualdade de direitos e de responsabilidades dos cônjuges entre si, em relação aos filhos e durante e quando da dissolução do matrimônio.¹¹⁴⁹ A convenção africana é omissa sobre esse direito.

Importante destacar o artigo 17 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) que trata da obrigação do Estado e de toda sociedade proteger as famílias:

Artigo 17. Proteção da família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.

1145 ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Renovar, 2009, p. 22.

1146 JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration: le droit international privé postmoderne*. Recueil des Cours, vol. 251, 1995, pp. 9-267, p. 251.

1147 Artigo 17, § 2º, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

1148 Artigo 12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

1149 Artigo 17, § 4º e artigo 5º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

3.O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.

4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.

5.A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.

Em relação ao divórcio ou à dissolução do casamento, as convenções americana e europeia asseguram igualdade de direitos e responsabilidade entre os cônjuges e atribuem ao Estado a obrigação de adotar medidas que assegurem a proteção aos filhos.¹¹⁵⁰ A convenção americana prevê, expressamente, a possibilidade de prisão civil por dívida em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar¹¹⁵¹.

Quanto à estrutura e às funções da entidade familiar, busca-se assegurar a igualdade de gênero, estabelecendo que homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, gozam de igualdade de direitos e responsabilidades durante a vida matrimonial e também após a sua dissolução, se for o caso, e devem assegurar a proteção dos filhos¹¹⁵².

No que tange à dimensão social da família, assegura-se o direito a um nível de vida adequado para todos os membros, incluindo-se o à alimentação, à vestimenta e à moradia adequadas, cabendo aos Estados adotar medidas apropriadas para assegurar a consecução desses direitos. Garante-se, ainda, às mulheres o direito à licença maternidade remunerada, ou aos benefícios previdenciários por um período razoável antes e depois do parto, nos termos dos artigos 11 do Pacto de Direito Econômicos e Sociais, de 1966. O artigo 15 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como Protocolo de San Salvador, estabelece aos Estados-partes proporcionar adequada proteção ao grupo familiar e, especialmente, atenção e assistência especiais à mãe, por um período razoável, antes e depois do parto; garantir às crianças alimentação adequada, tanto no período de lactação quanto durante a idade escolar; adotar medidas especiais de proteção dos adolescentes, a fim de assegurar o pleno amadurecimento de suas capacidades físicas, intelectuais e morais; e executar programas especiais de formação familiar, a fim de contribuir para a criação de ambiente estável e positivo no qual as crianças percebam e desenvolvam os valores de compreensão, solidariedade, respeito e responsabilidade.

1150 Idem.

1151 Artigo 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

1152 Artigo XV da Declaração e artigo 23, §§ 2º e 4º do Pacto de Direitos Civis e Políticos.

A proteção da família engloba os direitos da criança, independentemente de ela ter ou não nascido durante o matrimônio, conforme dispõe o artigo XXV, § 2º, da Declaração Universal de Direitos do Humanos, de 1948. Além disso, as crianças não devem sofrer interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, de sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação, de acordo com o artigo 16 da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989. A CADH estabelece no artigo 19 que toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado, assim como tem direito ao nome, à identidade de ter um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes.

Em relação às funções dos membros da família, a convenção determina a responsabilidade primária e primordial dos pais ou de outras pessoas encarregadas de cuidar da criança a fim de propiciar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança, com o propósito de garantir um nível adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social. Além disso, assegura-se à criança o direito de receber pensão alimentícia por parte dos pais ou de outras pessoas financeiramente responsáveis por ela, sejam eles residentes no mesmo país ou no exterior.¹¹⁵³ Compete aos Estados adotar medidas que facilitem a execução de alimentos, bem como aderir a acordos internacionais que facilitem a sua cobrança. Observa-se a consagração da criança como sujeito de direitos a partir da codificação do direito internacional para sua proteção, garantindo-se uma proteção plena na sociedade globalizada.

De acordo com Sen, a capacidade de ser feliz é, similarmente, o principal aspecto da liberdade a se valorizar. “A felicidade pode assim ter um mérito indicativo em estar, tipicamente, relacionada aos nossos sucessos ou fracassos na vida”.¹¹⁵⁴ A negação a direitos fundamentais traz infelicidade ao indivíduo que não goza de seus direitos mais básicos, entre eles não pagar pensão alimentícia à crianças e jovens que dependem de recursos para sua subsistência por seus genitores ou guardadores. Ademais, “a negativa do direito a homossexuais de formar família gera frustrações no exercício do direito de liberdade da pessoa humana”¹¹⁵⁵. Grosso modo, a negativa ao reconhecimento da pluralidade de núcleos familiares gera frustrações e infelicidades.

1153 Artigo 16, Parágrafo 4º, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989).

1154 SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge MA: Mass.: Belknap Press/Harvard University Press, 2009, p. 276-277.

1155 Lopes, Inez. A Família transnacional e a cooperação jurídica internacional In: *Cooperação Jurídica Internacional*. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 83-114.

5. AS FAMÍLIAS TRANSNACIONAIS E AS QUESTÕES DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

A família transnacional¹¹⁵⁶ é aquela que está ligada a dois países simultaneamente, a dois ordenamentos jurídicos por diferentes elementos de conexão. A família transnacional irradia questões jurídicas que se conectam a dois ou mais Estados, seja para a afirmação de direitos, seja para a solução de situações ou litígios transfronteiriços. Considerando-se a diversidade normativa regulando questões de família entre os países, há potencial necessidade de haver irradiação extraterritorial e também pode haver limitações no reconhecimento extraterritorial de certos direitos por razões de ordem pública internacional e até doméstica.

A proteção da família no plano internacional se desenvolveu tanto pelo direito internacional público quanto pelo privado. A interligação entre direito de família e direitos humanos na esfera internacional influenciou e tem influenciado a elaboração das normas de direito internacional público e de direito internacional privado. Daí a importância do “diálogo das fontes” como fator fundamental para responder às complexidades da vida em sociedade, tanto no âmbito interno, quanto internacional, seja entre normas de direito público ou privado, entre normas de *hard law* ou *soft law*. Esse diálogo significa a convivência ou coexistência de paradigmas para buscar soluções aos problemas jurídicos contemporâneos da pós-modernidade, marcada por uma forte pluralidade de leis ou fontes¹¹⁵⁷. Embora o direito internacional privado (DIPr) tenha uma diversidade de fontes, estas não devem ser vistas apenas como um conglomerado ou uma fragmentação de normas. O DIPr, objetivando a proteção da pessoa humana em sua propagação no espaço, deve considerar que as soluções dos conflitos de leis pressupõem um “diálogo intercultural” a respeitar a diversidade de indivíduos¹¹⁵⁸ em sua condição plural, com diversos estilos e valores de vida.

Assim, as decisões judiciais devem responder aos problemas pós-modernos, com soluções mais fluidas, mais flexíveis, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções, para “uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo do direito”¹¹⁵⁹.

O direito internacional privado deve buscar garantir a coexistência de instituições e sistemas de várias leis, preservando o interesse prioritário do indivíduo e da família¹¹⁶⁰.

1156 Ver Lopes, Inez. *Transnational Households in Brazil: a new approach on democratic basis*. Trabalho apresentado na Conferência Internacional “Transnational Law & Social Justice”, London School of Economics, 26 e 27 de junho de 2015.

1157 MARQUES, Claudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência Entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Esmese*, nº 07, 2004, p. 42-43.

1158 JAYME, Erik. *O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. O novo Direito Internacional: estudos em homenagem ao Professor Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 5.

1159 MARQUES, *Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes*, p. 43.

1160 BUCHER Andreas. La Famille en Droit International Privé. In *Recueil des cours - Académie de Droit International*, c. 283, 2000, p. 22

Segundo, Valladolid, a família não é uma repartição pública, uma fábrica estatal, em abusivo territorialismo ou personalismo; ela fundamenta sua concepção em bases moral e social, com lei própria acima das leis individuais de seus membros, no trabalho e na vida comum de todos, tendo o direito de família um conteúdo humano e social¹¹⁶¹.

Com relação à família entre pessoas do mesmo sexo, a aplicação do princípio da aproximação diz respeito à filiação por meio da maternidade por substituição e seus efeitos em relação à criança. Antes da decisão do Supremo Tribunal Federal que equiparou a união homoafetiva à heterossexual. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já havia decidido favoravelmente à adoção internacional de criança por casal homossexual. Na Sentença Estrangeira nº 4525-US, um brasileiro e um americano, que coabitavam há mais de nove anos, requereram a homologação da decisão proferida pelo Tribunal Federal do Condado de Cook, nos Estados Unidos, que concedeu ao americano o direito à adoção de menor nascida nos Estados Unidos e filha biológica do brasileiro, por inseminação artificial. Na decisão, o STJ declarou que

Toda criança tem direito à convivência familiar, conforme previsto no art. 1º da Lei n. 12.010/2009. Embora se trate de tema polêmico, há que se admitir que inexistente impedimento legal para a adoção por homossexuais. A exigência legal funda-se na existência de reais vantagens para o adotando¹¹⁶².

Além disso, o tribunal acolheu o pedido para assentamento no nascimento da menor na condição de ser filha de ambos os pais, sem ser declarada a condição como pai ou mãe. Desse modo, o Brasil, aplicou o princípio da adaptação ou aproximação, dando uma interpretação amplificadora da lei estrangeira para reconhecer os direitos adquiridos no estrangeiro, protegendo a família homoafetiva transnacional.

Em matéria de família, a dignidade da pessoa humana pode ser empregada como elemento argumentativo à cooperação internacional, levando-se em conta a pluralidade de estruturas familiares. Desse modo, o direito internacional privado deve avançar em normas de lei aplicável e de jurisdição que facilitem a circulação de sentenças em matéria de família, tendo como fundamento a dignidade humana. Observa-se que no Caso STJ SEC 5726-EX (2008), o tribunal empregou a dignidade da pessoa humana como elemento argumentativo para homologar a decisão do Tribunal de Justiça da Baviera, na Alemanha, que permitiu a modificação do nome no registro de nascimento de um menor, garantindo-se a prestação de seus direitos de personalidade. Não obstante o parecer do Ministério Público pelo indeferimento da homologação, sob o fundamento de violação à ordem pública em razão da objeção do pai à decisão de eliminar o patro-

1161 VALLADÃO, Haroldo, *Direito Internacional Privado – Parte Especial, Conflitos de Leis Cíveis*, 2a. ed., Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1977, p. 41.

1162 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira n. 4.525 – US, Requerentes J H E; D L M, Decisão monocrática, Ministro Cesar Asfor Rocha, Data do Julgamento: 25 de junho de 2010. Importante destacar que registre-se, de qualquer sorte, que a viabilidade jurídica do pedido de adoção por casal homoafetivo já foi reconhecida pelas Terceira e Quarta Turmas desta Corte, no julgamento, respectivamente, do REsp n.º 889852/RS, RS, da relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, DJe 10/08/2010.

nímico paterno, a Corte Especial do STJ, por unanimidade, deferiu o pedido de homologação de sentença, nos termos do voto da ministra-relatora, que ressaltou que mais uma vez foi superada a rigidez das regras jurídicas em favor da preservação da dignidade da pessoa humana, devendo essa lição sobrepor-se a qualquer outro direito dissonante, já que o pai biológico não realizou suas obrigações para com o ente familiar. Assim, a decisão do STJ foi eficaz e funcional para os problemas das famílias pós-modernas, com soluções práticas para questões juridicamente complexas¹¹⁶³.

Outro exemplo sobre os grandes desafios da sociedade globalizada é a unificação ou a harmonização de regras de direito internacional privado de família, uma vez que as noções de família são divergentes entre os países e a diversidade cultural tem reflexos sobre as várias legislações nacionais. A Convenção de Nova Iorque para Cobrança de Alimentos no Exterior, de 1956, foi o primeiro instrumento internacional a estabelecer direitos e obrigações transnacionais, a fim de garantir os direitos da criança, como uma solução de caráter humanitário surgida após a Segunda Guerra Mundial. Todavia, muitos países não aceitavam os direitos de filhos adulterinos, considerados contrários à ordem pública. Assim, o tratado aplicava-se apenas aos filhos qualificados legalmente como “legítimos”. No Brasil, o “filho ilegítimo”, nascido fora do casamento, passou a ter direito a alimentos a partir da Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949¹¹⁶⁴, que permitia que qualquer dos cônjuges solicitasse o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio somente depois de dissolvida a sociedade conjugal, ou se o filho promovesse ação para obtenção da declaração de filiação. No Caso Sentença Estrangeira n. 2.057-SE, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal homologou a decisão sueca que condenou o pai a prestar alimentos ao filho que se encontrava no Brasil em ação de investigação de paternidade, apesar de o pai alegar em sua defesa que era casado e, por conseguinte, tratava-se de filho adulterino, o que era vedado pelo artigo 358 do Código Civil de 1916 vigente.

Com relação ao casamento, o consentimento dos nubentes deve ser livre, sob pena de invalidação. De acordo com o texto da CADH, o casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimentos dos contraentes. Todavia, não estabelecer idade mínima para se casar. Considerando o multiculturalismo da sociedade internacional, os dois tratados apresentam a necessidade de se estabelecer idade mínima para o casamento, mas sem defini-las, cabendo aos Estados soberanos determinar em suas legislações a capacidade para se contrair núpcias. O No Brasil, a idade núbil é a partir dos 16 anos, sem qualquer exceção. A Lei n. 13.811/2019 finalmente proibiu qualquer mitigação, qualificando como estupro de vulnerável sem qualquer benefício. Isso quer dizer que os sistema jurídico brasileiro aplicou o princípio do superior interesse

1163 Ver: Lopes, Inez. A Família transnacional e a cooperação jurídica internacional, In: *Cooperação Jurídica Internacional*. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018

1164 O Decreto-lei n. 4737, de 24 de setembro de 1942, foi o primeiro instrumento a reconhecer os filhos nascidos fora do casamento como filhos naturais, porém somente depois do desquite.

da criança e adolescente. Consequentemente, nas relações privadas internacionais o casamento entre crianças, por exemplo, em países onde se permite, não terá eficácia extraterritorial, por ser um imperativo da ordem pública internacional, com fundamento nos direitos humanos e no princípio do superior interesse das crianças. Todavia, os atos da vida civil, produzirão efeitos de qualquer forma. Os filhos nascidos desse caso terão direito ao nome, à identidade e à filiação.

6. A COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS E AS QUESTÕES RELATIVAS À FAMÍLIA

No sistema africano, os trabalhos da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos destacam uma preocupação com a proteção da unidade familiar. O caso *Anistia Internacional v Zâmbia*¹¹⁶⁵ foi analisado pela comissão e entendeu que o exílio forçado de militantes políticos e expulsão de estrangeiros estava em violação aos deveres de proteção e assistência à família, uma vez que forçosamente se separou da unidade familiar.

O caso *El Hadj Boubacar Diawara c. Benin*¹¹⁶⁶ foi apresentada por El Hadj Boubacar Diawara, que alegou ter sido detido sem acusação ou julgamento a partir de 18 de fevereiro de 1982 por um período de mais de sete anos. A Comissão entendeu que em relação ao dever do Estado de proteger a família, o exílio forçado de militantes políticos e expulsão de estrangeiros violavam os deveres de proteção e assistência, sendo a família uma instituição essencial para a sociedade africana.

7. AS DECISÕES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE FAMÍLIA

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) apresenta vários casos e decisões relacionadas a temas de família e de direitos a ela inerentes. As decisões se referem a direitos da criança, aos direitos à filiação, à proteção de menores, aos direitos reprodutivos, à menores migrantes, à violência doméstica entre outros assuntos. Na relação com os direitos privados propriamente ditos e direitos humanos, analisa-se brevemente a seguir três casos julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos relacionados ao direito de filiação, à adoção internacional e os conflitos normativos entre regimes distintos de adoção e o caso de subtração internacional de crianças.

7.1 CASO MARCKX C. BÉLGICA

O caso *Marckx c. Bélgica*¹¹⁶⁷ foi julgado pela corte em 13 de junho de 1979. A situação se refere a uma mãe solteira belga que reclamou que a ela e a sua filha foram

1165 Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, *Anistia Internacional c. Zâmbia*, comunicação n. 212/98.

1166 Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, *El Hadj Boubacar Diawara c. Benin*, comunicação n. 18/88.

1167 Corte Europeia de Direitos Humanos, *Marckx c. Bélgica (TP)*, No. 6833/74, 13 de junho de 1979.

negados direitos reconhecidos às mães casadas e a seus filhos: entre outras coisas, ela tinha que reconhecer o seu filho (ou intentar ações judiciais) para estabelecer a filiação (mães casadas podiam contar com a certidão de nascimento). A CEDH considerou, em particular, que houve uma violação ao artigo 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) da Convenção tomado sozinho, e uma violação do artigo 14 (interdição de discriminação) da Convenção.

7.2 CASO HARROUDJ C. FRANÇA

O caso *Harroudj c. França*¹¹⁶⁸ foi julgado pela Corte em 4 de outubro de 2004. Harroudj Katya, cidadã francesa, solicitou ao tribunal na Argélia o direito de guarda da criança, abandonada ao nascer, e obteve em 2004 o direito de “Kafala”¹¹⁶⁹, isto é, de exercer os “cuidados legais” sobre uma criança nascida de pais desconhecidos na Argélia e abandonada ao ser dada à luz. Após a autorização legal, Harroudj Katya foi autorizada pelas autoridades argelinas a mudar o nome da criança para Hind Harroudj, e ela retornou à França com a criança. A Corte Europeia entendeu que não houve violação ao artigo 8º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) da Convenção. Contudo, embora a CEDH tenha reconhecido a recusa para permitir a adoção da criança com fundamento no direito islâmico, buscou-se uma solução no sentido de promover “um justo equilíbrio” entre o interesse público e o privado (da requerente), com fundamento no respeito ao pluralismo cultural, para incentivar a integração de crianças amparadas pelo “sistema kafala” sem romper com os vínculos das leis de seu país de origem.

7.3 CASO NEULINGER E SHURUK C. SUIÇA

O caso *Neulinger e Shuruk c. Suíça* (Pedido n. 41615/07)¹¹⁷⁰, julgado em 6 de julho de 2010, a Corte Europeia considerou o caráter especial da Convenção como um instrumento de ordem pública para a proteção dos seres humanos individualmente. Afirmou que a corte é competente para rever o procedimento seguido pelos tribunais nacionais, em particular, para verificar se os tribunais nacionais, na interpretação e aplicação das disposições da Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do *Sequestro Internacional de Crianças*, asseguram as garantias estabelecidas no texto do tratado, principalmente para decidir pelo princípio do melhor interesse da criança e adolescente, para o seu próprio desenvolvimento, não podendo um dos genitores alegar violação ao artigo 8º da CEDH. No âmbito da Convenção de Haia, que exige o regresso imediato da criança subtraída ilicitamente, a menos que haja um sério risco de que o retorno pos-

1168 Corte Europeia de Direitos Humanos, *Harroudj c. França*, No. 43631/09, 4 de outubro de 2012.

1169 O julgamento constatou que a lei islâmica quanto à adoção é proibida. A lei islâmica estabelecer certa forma de guarda chamado “Kafala”. Em Estados muçulmanos, com exceção da Turquia, Indonésia e Tunísia, Kafala é definido como um compromisso voluntário para fornecer para uma criança e cuidar de seu bem-estar e educação.

1170 Corte Europeia de Direitos Humanos, *Neulinger e Shuruk c. Suíça (GC)*, no. 41615/07, 6 de julho de 2010.

sa lhe causar maiores danos, físico ou psicológico, ou venha a colocá-la em uma situação intolerável. A CEDH concluiu não estar convencida de que seria no melhor interesse da criança seu retorno para Israel, e que seria uma interferência desproporcional na vida familiar da mãe com seu filho, obrigá-los a mudarem-se novamente para Israel. Por isso, o retorno determinado foi considerado como uma violação ao Artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Neste cenário, Beaumont ressalta que a Corte Europeia de Direitos Humanos –ao admitir os pedidos de casos referentes à Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980, “não mostra sinais de diminuir e que as decisões da corte mostram como a Convenção Europeia deve ser respeitada em casos oriundos dos escopos de aplicação da convenção da Haia”¹¹⁷¹.

8. AS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE FAMÍLIA

O número de casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em matéria de família são bem inferiores ao número de decisões julgadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Com relação a crianças e adolescentes observa-se uma preocupação com “crianças de rua” na Guatemala¹¹⁷² e ao regime de menores infratores no Brasil, como o Caso do Complexo do Tatuapé¹¹⁷³ e comunidades indígenas¹¹⁷⁴, por exemplo.

8.1 CASO FORNERÓN E FILHA C. ARGENTINA

O caso *Fornerón e Filha c. Argentina*¹¹⁷⁵ se iniciou por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sob a alegação de violação ao direito de proteção da família de Leonardo Fornerón e de sua filha biológica pela Argentina. A Comissão submeteu o caso à Corte em razão do não cumprimento das recomendações do Estado argentino. Era necessário a obtenção da justiça para garantir uma efetiva proteção da família e aos melhores interesses da criança e impedir a continuidade da violação de direitos humanos. Importante salientar que a paternidade foi reconhecida por Fornerón, que fez o registro em cartório após tomar conhecimento da existência

1171 BEAUMONT, P. (2009). The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction. *Recueil des cours / Académie de droit international*, vol 335, no. 2008, pp. 9-103, p. 24

1172 Ver Corte IDH, “*Meninos de Rua*” (*Villagrán Morales e outros*) c. *Guatemala*, Monitoramento da implementação da sentença, Ordem de 24 de novembro de 2015.

1173 Ver Corte IDH, *Crianças privadas de Liberdade no “Complexo do Tatuapé” da Fundação CASA*, Medidas provisórias, 25 de novembro de 2008.

1174 Ver Corte IDH, *Comunidade Indígena Yakye Axa c. Paraguai*, Supervisão do cumprimento da sentença, Resolução de 14 de maio de 2019.

1175 Corte IDH. *Fornerón e Filha c. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 27 de abril de 2012, Série C No. 242.

da filha, seis meses após o nascimento, mas foi o registro foi impugnado. Constatou-se que o pai da criança não deu autorização para adoção. O caso revela a luta de um pai pelo direito à parentalidade, de constituir família e à vida familiar que lhe foi privada. Em sentido inverso, foi negada à criança, o direito ao convívio com o pai biológico, do direito à filiação em nome do genitor, do direito de viver em família e o direito à identidade. No parágrafo 48, a decisão afirmou que “qualquer decisão estatal, social ou familiar que envolva qualquer limitação ao exercício de qualquer direito de um menino ou menina, deve levar em consideração o superior interesse da criança”. A CIDH considerou ainda que “a decisão unilateral de uma mulher de não se considerar em posição de assumir seu papel de mãe não pode constituir uma razão para negar a paternidade à autoridade judicial”. O Estado não respeitou o devido processo legal no processo de adoção. Além disso, a decisão pelos tribunais argentinos negou o direito de se constituir uma família monoparental, baseada em preconceitos e estereótipos clássicos de família constituída entre homem e mulher e filhos nas constância do casamento. Não se reconheceu que a família é plural e líquida.

A CIDH decidiu que o Estado argentino é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados na Convenção, entre eles, o direito à vida familiar, consagrada no artigo 17.1 A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado. É igualmente responsável pelas garantias outorgadas no artigo 19 de a criança ter direito às medidas de proteção adequados, incluindo as garantais e proteção judicial nos termos do artigos 8.1 e 25.1 da convenção.

8.2 CASO CONTRERAS E OUTROS C. EL SALVADOR

O caso *Contreras e outros c. El Salvador*¹¹⁷⁶, a Comissão Interamericana apresentou uma demanda contra a República de El Salvador em 28 de junho de 2010, em razão do desaparecimento forçado de crianças ocorridas entre os anos de 1981 e 1983 por parte de diferentes grupos de militares. A Corte concluiu, por unanimidade, que o Estado é internacionalmente responsável pelos desaparecimentos forçados de Ana Julia Mejía Ramírez, Carmelina Mejía Ramírez, Gregoria Herminia Contreras, Julia Inés Contreras, Serapio Cristian Contreras e José Rubén Rivera Rivera, com fundamento no artigo 17 sobre a Proteção da Família da Convenção Americana de Direitos Humanos que atribui ao Estado o dever de tutelá-la.

A CIDH decidiu, resumidamente, que o Estado é responsável pela violação do direito à vida privada e familiar, da proteção da família e do direito ao nome. Houve violação aos direitos das crianças à proteção da família, nome, vida privada e familiar

¹¹⁷⁶ Corte IDH. *Contreras e outros c. El Salvador*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2011, Série C No. 232.

e identidade. O parágrafo 103 da sentença declarou que tanto “a Comissão quanto os representantes alegaram que, no presente caso, foram violados o direito à identidade, o direito à família, o nome e o direito a medidas especiais de proteção para crianças”. De acordo com a decisão, esclareceu-se que “ao entender o fenômeno do desaparecimento forçado como uma violação grave dos direitos humanos das vítimas diretas e de seus parentes mais próximos, o Estado reconhece que esses fatos também violaram o direito à proteção da família”.

A sentença da CIDH igualmente declarou a violação ao direito à integridade familiar dos membros da família. Destacou no parágrafo 123 da decisão que “a jurisprudência deste Tribunal estabeleceu que a privação da verdade sobre o paradeiro de uma vítima de desaparecimento forçado implica uma forma de tratamento cruel e desumano para familiares próximos”, Infelizmente, a corte constatou que a falta de colaboração pelas autoridades dos Estados em buscar a verdade para informar as três famílias afetadas sobre o desaparecimento de seus filhos e filhas trouxe sofrimento agravado pela privação da verdade.

8.3 CASO KAREN ATALA RIFFO E CRIANÇAS C. CHILE

No caso *Karen Atala Riffo e crianças c. Chile*,¹¹⁷⁷ a Comissão Interamericana de Direitos Humanos buscou o cumprimento da convenção e responsabilização internacional do Estado chileno em razão do tratamento discriminatório e a interferência arbitrária na vida privada e familiar de Karen, devido a sua orientação sexual, em relação ao processo judicial que resultou na retirada do direito de guarda de suas filhas M, V e R pelos tribunais chilenos a pedido do pai, sob a alegação de a sua convivência entre pessoas do mesmo sexo poderia trazer danos às três filhas. É o primeiro caso julgado sobre o assunto. A CIDH, por unanimidade, decidiu, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e adolescentes que “O Estado é responsável pela violação do direito à igualdade e à não-discriminação e à vida familiar.

A CIDH, por unanimidade, também decidiu, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e adolescentes que o Chile é responsável pela violação do direito à igualdade e à não-discriminação consagrado no artigo 24, conjugado com o artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento de Karen Atala Riffo.¹¹⁷⁸ O tribunal constatou que o tratamento discriminatório contra a mãe teve impacto negativo sobre as filhas de Karen.

Segundo Martinez, a CIDH foi mais longe do que a Corte Europeia de Direitos Humanos, no ponto em que a CIDH “concebe a proibição de discriminação com base

1177 CORTE IDH. *Atala Riffo e crianças c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de fevereiro de 2012, Série C No. 239.

1178 CORTE IDH. *Atala Riffo e crianças c. Chile*. Pedido de interpretação da sentença de mérito, reparações e custas. Sentença de 21 de novembro de 2012. Serie C No. 254.

na orientação sexual como equivalente a um requisito de identidade legal de tratamento entre pessoas homossexuais e heterossexuais¹¹⁷⁹. Nesse sentido, o enfoque da proibição de discriminação tende a ser mais eficaz e incisivo, como ferramenta de “ataque às tradições” como fonte de nova doutrina constitucional, que op direito de privacidade, segundo Sustein,¹¹⁸⁰ na proteção dos direitos da família homossexual.

Ademais, importante salientar que a decisão da CIDH afirma que o caso do reconhecimento da discriminação por orientação sexual deve ser declarada proibida, visto que a Convenção Americana de Direitos Humanos, como “um instrumento vivo com fundamento no critério de interpretação evolutiva, deve avançar nesse terreno através de um consenso entre os países, respeitando-se as divergências e as convergências de padrões entre os Estados partes”.

A CIDH pondera sobre o caráter evolutivo da noção de família e sua qualidade de base ou elemento essencial ou natural da sociedade presente nas Constituições de muitos Estados e ao fato incontestável de que existe atualmente uma pluralidade de conceitos de família. Isso não quer dizer que todos os Estados devam reconhecer todos os conceitos ou modelos de família. O Comitê de Direitos Humanos, no mesmo parágrafo em que observa que “o conceito de família pode diferir em alguns aspectos de um Estado para outro, e mesmo entre regiões dentro do mesmo Estado, de modo não é possível fornecer uma definição uniforme do conceito”¹¹⁸¹.

9. CONCLUSÕES

As famílias gozam de proteção especial quer na ordem constitucional, quer na ordem internacional. É obrigação dos Estados proteger as diversas famílias independentemente do tipos de núcleos familiares, respeitando-se a vida privada familiar. Com relação à proteção da criança, é atribuição do Estado, da sociedade e da própria família, aplicando-se no conflito normativo intersistêmico de direitos o princípio do superior interesse da criança.

Os instrumentos internacionais de direitos humanos impõem aos Estados contratantes o dever de garantir a eficácia dessas normas, por meio da adoção de políticas públicas internas sobre os diversos assuntos relacionado à família, quer de direito privado ou público. Esses instrumentos não definem família, e deixam a cada Estado qualificar as famílias em seus ordenamentos jurídicos. Por outro lado, nenhum Estado é obrigado a reconhecer a pluralidade de famílias, nem todos os tipos de núcleos fami-

1179 MARTINEZ, Fernando Rey. Caso de La Corte Interamericana de Derechos Humanos “Atala Riffó y Niñas contra Chile” (24 de febrero de 2012). *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Num 30, enero-junio, 2014, pp. 237-249, p. 245.

1180 Ver Fernando Rey Martinez, p. 249.

1181 CORTE IDH. *Atala Riffó e Crianças c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de fevereiro de 2012, Série C No. 239, p. 12.

liares existentes. Há limites éticos-sociais, a idade núbil, por exemplo, deve ser aquela em que a pessoa goza em sua plena capacidade para tomar decisões em sua vida civil.

No atual cenário do regime de proteção da família, o direito internacional público estabelece duas obrigações aos Estados: uma positiva, para proteger a família e seus membros em caso de ameaça ou lesão de direitos; e outra negativa, para não intervir na vida privada e familiar, respeitando-se a liberdade de escolha e a autonomia da vontade de cada pessoa.

Além da proteção da família enquanto instituição há, paralelamente, a proteção com foco no indivíduo enquanto membro de uma unidade familiar. Assim, a análise centrada no indivíduo, como sujeito de direitos e de sentimentos, está vinculada ao direito de liberdade. O reconhecimento da liberdade como direito fundamental e inalienável assegura a capacidade do indivíduo de escolher entre os diferentes tipos e estilos de vida aquele que o torna mais feliz. A felicidade depende da plena capacidade de escolher, de sua autonomia. O direito à liberdade nas relações familiares caminha para promover uma justiça social.

A família transnacional é aquela que está sob a proteção de dois Estados simultaneamente por diversos elementos de conexão. É um fenômeno cada vez mais crescente em um mundo globalizado. O artigo não aborodu os escopos do direito internacional privado, mas demonstrou a sua importância como ciência jurídica que busca uma prestação jurídica transnacional efetiva por meio da cooperação jurídica internacional. O acesso à justiça transnacional constitui um direito humano, a fim de garantir às pessoas os efeitos extraterritoriais da vida cotidiana. Os casos de família transnacional já foram objeto de julgamento da Corte Europeia de Direitos Humanos relacionados à subtração ilícita de menores. A decisão da CEDH em um complexo caso decidiu favoravelmente ao interesse superior da criança nos problemas relacionados a direitos das famílias transnacionais.

O Superior Tribunal de Justiça também tem sido favorável à solução de problemas relacionados à família transnacional, quando há crianças ou adolescentes envolvidos. A exemplo do caso analisado, o STJ permitiu o registro (direito à filiação) de um criança decorrente de uma relação homoafetiva, antes mesmo da decisão do Supremo Tribunal Federal que pacificou o assunto para afirmar a igualdade de direitos à família homossexual.

Por fim, observa-se na Corte Interamericana de Direitos Humanos, as decisões refletem os problemas enfrentados na região que estão relacionadas à família e à vida privada e familiar. O desaparecimento forçado de pessoas, incluindo crianças, traz sofrimentos e abalos à vida familiar, sendo o Estado condenado por não cumprir com seu dever de protetor e garantidor dos direitos inerentes a todos os membros da família. Este estudo demonstra que as famílias são plurais e diversas e não cabe ao Estado determinar o “modelo” familiar. A decisão de constituir família é direito fundamental e pertence

à própria pessoa. A relação socioafetiva não pode ser violado pelo Estado. A CIDH também reconheceu a igualdade de direitos de família homossexuais com fundamento na não-discriminação. A discriminação é uma violação à pessoa enquanto um fim em si mesma, pois viola integralmente a formação da criança enquanto sujeito de direitos de pertencer a uma família, independentemente do tipo de núcleo familiar, assim como viola os direitos dos membros da família que também gozam da liberdade de constituir família, independentemente de gênero ou de sua orientação sexual.

Isto posto, o direito e repeto à vida privada e familiar é essencial para a coexistência de famílias, plurais e “líquidas”, pois são diversos os núcleos familiares. Os tribunais de direitos humanos são complementares e responsáveis por garantir à vida civil em família uma proteção mínima pelo Estado, assim como ter os instrumentos e garantias judiciais adequados para o exercício de seus direitos em uma sociedade globalizada. O “diálogo das fontes” entre o direito público e o privado é fundamental para o pleno exercício de direitos em mundo globalizado.

BIBLIOGRAFIA

- ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Renovar, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: Sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2004.
- BEAUMONT, Paul. The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction. *Recueil des cours / Académie de droit international*, vol 335, pp. 9-103, 2008.
- BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Édition et présentation de Gérard Maitre. Paris : Librairie Générale Française, 1993.
- BUCHER Andreas. La Famille en Droit International Privé. In *Recueil des cours - Académie de Droit International*, c. 283, 2000.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Civil Internacional- A Família no Direito Internacional Privado*. Volume I, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.
- LOPES, Inez. A Família transnacional e a cooperação jurídica internacional. In: *Cooperação Jurídica Internacional*. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- LOPES, Inez. *Transnational Households in Brazil: a new approach on democratic basis*. Trabalho apresentado na Conferência Internacional “Transnational Law & Social Justice”, London School of Economics, 26 e 27 de junho de 2015.
- LOPES, Inez. A Proteção da Família no Plano Internacional e os Direitos Humanos. In: *Encontro de Internacionalização do CONPEDI*. 1 ed. Barcelona, 2015, v.2, p. 123-154.
- JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, vol. 251, 1995, pp. 9-267.
- JAYME, Erik. *O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. O novo Direito Internacional: estudos em homenagem ao Professor Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- LEMOS Filho, Arnaldo e et al. *Sociologia Geral e do Direito*. Campinas: Editora Alínea, 2004.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas Modalidade de Família na Pós-modernidade*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Orientador Roberto João Elias, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A Composição Da Família Na Pós-Modernidade. *Revista FMU Direito*, São Paulo, ano 24, n. 34, p.1-17, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência Entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Esmese*, nº 07, 2004, p. 42-43.

MARTINEZ, Fernando Rey. Caso de La Corte Interamericana de Derechos Humanos “Atala Riffo y Niñas contra Chile” (24 de febrero de 2012). *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Num 30, enero-junio, 2014, pp. 237-249.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2010.

SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge MA: Mass.: Belknap Press/Harvard University Press, 2009.

VALLADÃO, Haroldo, *Direito Internacional Privado – Parte Especial, Conflitos de Leis Civis*, 2a. ed., Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1977.

A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Cláudia Maria Amaral Carvalho Vieira

Josiane Rose Petry Veronese

RESUMO: A Doutrina da Proteção Integral é revelada pela Convenção dos Direitos da Criança e reconhecida pelo art. 19 da Convenção Americana dos Direitos Humanos. Esse *corpus iuris* internacional torna obrigatória a construção, no sistema normativo brasileiro, de estruturas operativas voltadas à efetiva vigência, proteção e defesa da criança e do adolescente. O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito, o princípio do interesse superior da criança, a prioridade absoluta, o Sistema de Garantia de Direitos e as redes de Proteção Integral bem como o caráter interdisciplinar da Proteção Integral são apontados como as garantias necessárias para se “proteger integralmente” a infantoadolescência no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção. Direitos humanos. Crianças. Adolescentes.

SUMÁRIO: 1. A proteção integral como novo paradigma normativo; 2. Trajetória da afirmação dos direitos da criança e do adolescente rumo à proteção integral; 3. A proteção da criança e do adolescente nas Américas; 4. A Convenção Americana de Direitos Humanos e a proteção integral no direito brasileiro; 5. O significado de “proteger integralmente” no direito brasileiro e a importância da Convenção Americana de Direitos Humanos; 5.1. A criança e o adolescente como titulares de direitos fundamentais; 5.2 A prioridade absoluta e a concretização da Proteção Integral; 5.3 O princípio do interesse superior da criança sob o paradigma da Proteção Integral; 5.4 O Sistema de Garantia de Direitos e as redes de Proteção Integral; 5.5. A Interdisciplinaridade da Proteção Integral; 6. Conclusões.

1. A PROTEÇÃO INTEGRAL COMO NOVO PARADIGMA NORMATIVO

A Doutrina da Proteção Integral foi trazida para o universo jurídico pela Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Resolução nº 44/25 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, adotada internamente através do Decreto no. 99.710 de 21 de novembro de 1990, após aprovação do Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo no. 28 de 14 de setembro de 1990.

Uma vez contemplada no art. 227 da Constituição Federal, o texto constitucional passa a estabelecer que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente (e, posteriormente, ao jovem), com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à

cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Essa nova base doutrinária implicou, como esclarece Pereira (1996, p.28), “que crianças e adolescentes deixassem de ser tratados como objetos passivos, passando a ser, como os adultos, titulares de Direitos Fundamentais”. Todas as crianças e adolescentes, em todos os níveis de sua vida, familiar e social, são sujeitos ativos e protagonistas de seus direitos.

A Proteção Integral se insere no que Falbo (2002, p. 45) denomina “quadro ideal dos fenômenos jurídicos fundamentais que se desenvolvem numa sociedade que procura organizar-se segundo o princípio teórico da democracia ocidental e da justiça social de igualdade em face do respeito às diferenças”.

É, em suma, uma conceituação essencialmente jurídica. Entretanto, como bem aponta Ramidoff (2010, p. 24), a Proteção Integral é, acima de tudo, um critério assecuratório entre o discurso protetivo presente dos valores humanos e as atitudes atuais dos construtores sociais.

As leis e as práticas que existiam antes de aprovada a Convenção com relação à infância respondiam a um modelo que hoje conhecemos como “modelo tutelar”, “filantrópico”, “da situação irregular” ou “assistencialista”, cujo ponto de partida era a consideração da criança como objeto da proteção, não como sujeito de direitos. Como assinala Mendez e Costa (1994, p.72), “do menor, como objeto de compaixão-repressão, à infância-adolescência, como sujeito pleno de direitos, é a expressão que melhor poderia sintetizar suas transformações”.

Não se tratou de uma simples substituição terminológica, mas de uma mudança de paradigma, de um modelo normativo para outro¹¹⁸², gerando a construção de uma nova gramática, que oferece uma concepção radicalmente distinta dos direitos da infância, resultado, por um lado, do maior conhecimento do desenvolvimento infantil e adolescente e, por outro, de novas ideias sobre os direitos humanos que acabaram superando a concepção liberal de cidadania, a qual, segundo Campilongo (1998, p. 33), tinha na tutela geral dos direitos individuais uma cidadania restrita aos proprietários.

Não obstante a Convenção não mencionar em seus dispositivos a expressão “Proteção Integral”, o novo paradigma fica evidenciado ante o enorme rol de direitos reconhecidos pela Convenção, que, em seu conjunto, cria um sistema segundo o qual não

1182 É necessário pensar, a nosso ver, a discussão axiológica e filosófica sobre o caráter de “doutrina” da Proteção Integral, considerando as observações que Ferrajoli (2010, p. 299-300) faz com relação ao tema “teorias das penas” (“absolutas”, “relativas”, “retributivistas”, “utilitaristas”, “de prevenção geral” ou “de prevenção especial”). Para o autor modelos normativos de avaliação ou justificação não são teorias e sim doutrinas, porque não consistem em asserções empíricas, verificáveis e falsificáveis, mas sim respostas a questões ético-filosóficas. Nesse contexto, podemos concluir que a Proteção Integral constitui verdadeira “doutrina” que pautou os documentos internacionais e nacionais no tocante à proteção da criança e do adolescente.

existe efetiva proteção se não houver garantia não apenas de um direito específico, mas de todos os direitos correlatos.

Indica Souza (2001, p. 74) que o art. 27 da Convenção é um resumo de todos os direitos garantidos à criança e da orientação da Proteção Integral ao afirmar que toda criança tem direito “a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social”.

É possível listar as principais características da Doutrina da Proteção Integral, identificando os seguintes aspectos:

1. Quanto aos destinatários das normas e instituições da Proteção Integral: as crianças são definidas de maneira afirmativa, como sujeitos plenos de direito. Não se trata mais de “menores”, “incapazes”, “pessoas pela metade ou incompletas”, mas sim pessoas cuja única particularidade é que estão crescendo. Por este motivo é que lhes reconhecem os direitos que têm os adultos mais direitos específicos, precisamente, por reconhecer essa circunstância evolutiva. Os direitos estabelecidos têm por destinatários todas as crianças, não somente uma parte delas. A proteção é concebida como um direito, devendo existir meios legais para combater as violações a tais direitos, o que não ocorre quando a proteção é concebida como ajuda ou caridade, caso em que as noções de exigibilidade e responsabilidade desaparecem. Um dos direitos que estruturam a lógica da Proteção Integral é o direito de a criança ser ouvida e suas opiniões serem levadas em consideração, ou seja, abandona-se a concepção de exclusão da voz do “menor”, pela qual a criança, como “incapaz”, nada tinha a dizer, e assume-se o diálogo, em que participam todos os cidadãos, inclusive a criança.
2. Quanto aos pressupostos que habilitam a intervenção estatal: as leis definem os direitos da criança e estabelecem que, no caso de algum desses direitos serem ameaçados ou violados, é dever da família, da sociedade e do Estado restabelecer o exercício concreto do direito afetado recorrendo a mecanismos e procedimentos efetivos e eficazes, tanto administrativos quanto judiciais. Desaparecem as vagas e antijurídicas categorias “risco”, “perigo moral ou material”, “circunstâncias especialmente difíceis”, “situação irregular”. A partir da nova formulação, quem incorrerá em “situação irregular” quando o direito de uma criança ou adolescente estiver ameaçado ou for violado, será alguma pessoa ou instituição do mundo adulto (família, sociedade ou Estado).
3. Quanto às características da resposta estatal: a defesa e o reconhecimento dos direitos da criança dependem do adequado desenvolvimento das políticas sociais universais em que estão envolvidos o Estado, a sociedade e a família e não somente o Estado – juiz ou Estado-administrador.

4. Quanto às características e papel do juiz: o juiz deverá ocupar-se de questões de natureza jurisdicional. Os novos juízes, no exercício de suas funções, como qualquer juiz, estão limitados em sua intervenção pelas garantias constitucionais, devendo, além disso, reunir conhecimentos específicos de temas vinculados à infância, para além do conhecimento jurídico.
5. Quanto ao conteúdo e características da intervenção estatal perante os casos de proteção: a Proteção Integral se direciona aos direitos da criança, não à pessoa do “menor”, como constava no modelo anterior. A Proteção Integral reconhece e também promove direitos, não os viola ou restringe, motivo pelo qual não pode traduzir-se em intervenções estatais coercitivas, salvo em situações excepcionais que envolvam perigo concreto para a vida da criança.

Beloff (2008, p. 39-40) aponta três áreas em que o marco teórico da Proteção Integral ainda se encontra dividido na doutrina: a proibição ou não do trabalho infantil pela Convenção sobre os Direitos da Criança, os riscos oferecidos pela Convenção sobre os Direitos da Criança que, ao regular a adoção internacional, teria aberto a possibilidade do tráfico e venda de crianças e o relacionado a um Direito Penal Juvenil aplicável aos adolescentes aos quais se atribui uma conduta tipificada no Código Penal.

A Convenção reafirma no art. 3.1 o princípio do “interesse maior da criança” ao estabelecer que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”¹¹⁸³.

Pereira (2000, p. 6) aponta problemas na tradução da expressão “best interest of the child”, que na versão brasileira tornou-se “maior interesse da criança”. Para a autora, diante das duas versões – a inglesa, vinculada a um conceito qualitativo, e a brasileira, que estabelece um critério quantitativo –, deve-se optar pelo conceito qualitativo “melhor interesse da criança”, tese não acolhida pelo inciso IV do parágrafo único do art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), incluído pela Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, que usa a expressão “interesse superior da criança e do adolescente” como um dos princípios que regem a aplicação das medidas de proteção.

A conjugação do princípio do “superior interesse da criança” e a nova posição da criança como protagonista de seus direitos na Convenção sobre os Direitos da Criança traduzem-se em uma norma internacional que deve inspirar a legislação dos países signatários e gerar obrigações para as autoridades públicas e privadas dos Estados que a ratificaram (art. 3.1. da Convenção sobre os Direitos da Criança), no sentido de transformar em realidade os direitos daqueles que, apesar de não atingido a maioridade, são titulares de direitos humanos.

1183 Versão vernacular da Convenção como promulgada pelo Decreto nº 99.710/1990.

Cortés (1998, p. XVI) identifica essas obrigações, de forma bastante clara, ao estabelecer que a Proteção Integral exige conceder a máxima prioridade às crianças e garantir que esse compromisso se mantenha sempre, mesmo diante de condições desfavoráveis. Diz o ex-presidente do Comitê Espanhol da UNICEF:

A essência dela exige conceder a máxima prioridade às crianças e garantir que esse compromisso se manterá tanto nos bons como nos maus tempos. O desenvolvimento físico e mental de uma criança não pode esperar que caiam os juros, que se recuperem os preços dos produtos básicos ou que se consiga uma moratória no pagamento da dívida, que se restabeleça o crescimento econômico, que se celebrem umas eleições gerais, ou, inclusive, que se finalize uma guerra. A sobrevivência de uma criança, a possibilidade de que alcance um desenvolvimento físico e mental normais, que tenha uma nutrição adequada e receba atenção à sua saúde, de que esteja imunizada e possa ir à escola não deveria depender das incertezas do mundo adulto (CORTÉS, 1998, p. XVI, tradução nossa).

Prossegue o autor para concluir:

O princípio ético “as crianças primeiro” não só obriga a conceder a máxima prioridade à proteção da vida e ao desenvolvimento da infância, como também que esta prioridade seja absoluta. Sempre haverá algo mais urgente, mas nunca haverá nada tão importante (CORTÉS, 1998, p. XVI, tradução nossa).

A abordagem apresentada é inequivocamente alentadora, mas não deve ocultar as enormes dificuldades de aplicação efetiva. Nesse sentido, Beloff (2008, p. 15) chama a atenção para que o princípio do “interesse superior da criança” tem funcionado, historicamente, como um “cheque em branco”, permitindo um grau de discricionariedade inadmissível por parte de quem decide a respeito de qual seria o “melhor interesse” da criança, seja no plano judicial, no âmbito administrativo ou no corpo técnico.

Para a autora, sua previsível inclusão na Convenção – produto de um processo histórico em que o princípio do “best interest of the child”, principalmente na cultura anglo-saxã, já cumpriu um papel de muita relevância – não conseguiu impedir e, lamentavelmente, vem sustentando a defesa da vigência de antigos institutos, permitindo estabelecer, mesmo sob o marco da Convenção, discussões em termos da já superada e obsoleta cultura tutelar.

Esse é o contexto amplo da Proteção Integral à criança que, já pensada no plano internacional antes da sua consolidação na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, somente veio a ser efetivamente discutida no Brasil por volta dos anos 1980, quando a política nacional tomou novos rumos, culminando, no âmbito da proteção dos direitos da criança e do adolescente, na: 1) elaboração de normas constitucionais específicas de proteção dos direitos da criança e do adolescente; 2) promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente através da Lei nº 8.069/1990; 3) ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 e de outras convenções, como também na 4) ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Protocolo de São Salvador.

2. TRAJETÓRIA DA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE RUMO À PROTEÇÃO INTEGRAL

Para a sociedade contemporânea, é lógico e normal que se ponham os olhos e o coração nas meninas e meninos do mundo, como símbolos de inocência e de ternura, e, mais ainda, como esperança de um amanhã luminoso, vencedor das angústias e da violência. Cortés (1998, p. XIII) conclama-nos, no entanto, a lançar um olhar retrospectivo que contemple o tremendo sofrimento por que passaram a infância e a adolescência nos séculos passados, embora os dados da realidade atual sejam lacerantes e, pouco, deixem a dever ao passado.

Segundo Pinto e Sarmiento (1997, p. 12), não cessam de se intensificar fatores que fazem das crianças o grupo etário mais sujeito a situações específicas de opressão e afetação das condições humanas:

[...] as crianças são as principais vítimas dos conflitos contemporâneos, da “guerra das cidades” da Bósnia-Herzegovina às guerras civis ou regionais da África; há um crescimento significativo de crianças vítimas de Cida; intensifica-se em certas regiões do globo a prostituição infantil associada ao turismo sexual; ainda não foi extinto o trabalho infantil em muitos países; há um significativo recrudescimento em alguns países muçulmanos da excisão praticada em crianças; os “meninos de rua” em algumas cidades não apenas aumentam como são vítimas de perseguição e assassinato; recrudescem a miséria e a fome nas zonas degradadas dos subúrbios ou nas *innercities* das grandes cidades etc.

Matos (2001, p. 13) revela que a violência contra crianças e adolescentes não é uma problemática nova nem recente e que o homem desde sempre tem exercido maus tratos aos seres indefesos, de que são exemplos as matanças de crianças mais conhecidas ao longo da história:

[...] o extermínio infantil realizado na Babilônia pelo rei Nimrod, as executadas por Herodes, ordenando a matança dos primogênitos do povo de Israel, as mortes dos malformados jogados do Monte Taigeto em Esparta ou as realizadas no México anteriormente à chegada do conquistador Cortés (tradução nossa).

Dolinger (2003, p. 84) lembra, ainda, as atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, quando foram mortas um milhão e meio de crianças judias por fuzilamento, nas câmaras de gás, nos crematórios e nas fogueiras.

Embora as crianças, obviamente, tenham existido desde o primeiro ser humano, a infância, como construção social, como conjunto de representações sociais e crenças, para a qual se passa a estruturar dispositivos de socialização e controles próprios, passa a ser conhecida somente a partir dos séculos XVII e XVIII.

Antes, descreve Ariès (2006, p. 22) em sua reconstituição iconográfica da história da infância, não se pensava que as crianças já manifestassem personalidade humana, porque “elas morriam em grande número”. Entretanto, apesar das condições demo-

gráficas não terem se alterado muito do século XIII ao XVII e não obstante ter a mortalidade infantil se mantido num nível elevado, uma nova sensibilidade se apresenta, passando a atribuir às crianças uma particularidade com a qual ninguém se importava em reconhecer, anteriormente: “foi como se a consciência comum só então descobrisse que a alma da criança é também imortal. É certo que essa importância dada à personalidade da criança se ligava a uma cristianização mais profunda dos costumes” (ARIÈS, 2006, p. 25)¹¹⁸⁴.

É justo recordar que já decorreram mais de setenta anos de incessante impulso normativo que determinaram a passagem de uma etapa de bonitos gestos humanitários a serviço da infância e da adolescência, com motivação ético-religiosa, ou altruísta, para uma era jurídico-política, motivada pela enorme comoção trazida pelas guerras mundiais do século XX, em que morreram milhões e milhões de seres humanos, de todas as idades e condições, deixando abandonados, reféns de maus tratos, submetidos à miséria e a doenças devastadoras milhões de órfãos, vítimas de conflitos armados.

Na introdução de seu livro, Comparato (2010, p. 13) afirma:

O que se conta, nestas páginas, é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupos religiosos ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.

Nesse contexto, é necessário afirmar a importante história de conquista da criança e do adolescente da posição de verdadeiros sujeitos de direito, em condição peculiar de desenvolvimento, e a consagração em documentos internacionais e nacionais de uma lógica e principiologia próprias voltadas a assegurar a prevalência desses direitos sobre os demais.

Os direitos das crianças e dos adolescentes, tal como os vemos hoje, resultam de uma construção social, de conteúdo ético, e provêm de um processo histórico e dinâmico de conquistas e de consolidação de espaços emancipatórios da dignidade humana.

1184 Nesse contexto de relação entre indicadores demográficos e crescimento da importância que se dá à infância, Pinto e Sarmiento, professores auxiliares do Instituto de Estudos da Criança da Universidade de Minho, em Portugal, nos chamam a atenção para o fato de que as crianças, na era moderna, são tão mais consideradas quanto mais diminui o seu peso no conjunto da população. Pode-se dizer que o mundo moderno acordou para a existência das crianças no momento em que elas passam a existir em menor número relativo, como efeito coordenado do aumento da esperança de vida e da regressão da taxa de fecundidade (PINTO; SARMENTO, 1997, p.11). Biasoli-Alves (2001, p. 81) aponta no mesmo sentido a questão da relação entre indicadores demográficos e as relações que se estabelecem entre pais e filhos. Para a autora, o fascínio atual dos temas família, práticas de cuidado e educação só está sendo possível porque existe certa garantia de sobrevivência da criança, colocada como foco por excelência das preocupações do século XX, sobretudo nas camadas da população que têm maior acesso à educação formal e aos programas de saúde. Em sentido contrário a esse ponto de vista, Ferry (2010., p. 105) traz os estudos de Viviana Zelizer, economista e socióloga, professora da Universidade de Princeton, contidos em seu livro *Pricing the priceless child, the changing social value of children* (O preço da criança que não tem preço, o inconstante valor social das crianças, da Princeton University Press, 1985, reedição com novo prefácio em 1994 pela Princeton Paperback) que derrubam o ponto de vista de que a falta de amor que cercava a criança nos tempos antigos era simplesmente resultado dos índices extremamente elevados de mortalidade infantil. Para a citada autora, não é porque a mortalidade infantil diminui com o progresso da medicina moderna que se pode aos poucos amar os filhos, mas ao contrário: é porque se começa a amá-los, em consequência da mudança de atitude cultural e histórica, que a mortalidade começa a cair.

A primeira premissa da qual se deve partir ao estudar os direitos das pessoas, é que tais direitos têm, atualmente, dupla proteção: uma proteção interna, ligada ao Direito Constitucional, e outra internacional, objeto do estudo do Direito Internacional Público, que passou a chamar-se, nesse específico contexto normativo, de Direito Internacional dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2011, p. 196).

Rezek (2010, p. 225) observa que, até a fundação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, pela Carta de São Francisco, não era seguro afirmar que houvesse no Direito Internacional Público uma preocupação consciente e organizada com o tema dos direitos humanos.

De fato, esse novo ramo do Direito Internacional Público, nascido finda a Segunda Guerra Mundial, fez “dos direitos humanos um dos axiomas da nova organização, conferindo-lhes idealmente uma estrutura constitucional no ordenamento do direito das gentes” (REZEK, 2010, p. 226).

Entretanto, a consciência coletiva em torno dos direitos da criança no âmbito internacional já fora difundida em 1924 pela Sociedade das Nações, com o surgimento da Carta da Liga sobre a Criança, comumente chamada de “Declaração de Genebra” verdadeiro esboço de futuras normas mais vinculantes, proposta pioneira de proteção de direitos frustrada com o fim daquela organização internacional e a deflagração da Segunda Guerra Mundial.

Destaca Castro (2006, p. 295) que, além de constituir o primeiro documento internacional que protege os direitos da criança, da “Declaração de Genebra” se depreendem, ainda, duas ideias fundamentais: a primeira consiste em considerar a criança uma categoria especial de indivíduos dentro da sociedade, ou seja, um grupo vulnerável em que, dentro de sua igualdade, coexistem diferentes características e necessidades; a segunda ideia propõe criar instrumentos internacionais uniformes protetores dos direitos da criança.

Antes mesmo dessa declaração, novamente sob os auspícios do sistema internacional instituído após a Primeira Guerra Mundial, a Conferência Internacional do Trabalho, promovida em 1919, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou seis convenções, atendendo aos reclamos de sindicatos e da classe operária do final do século XIX e início do século XX. Tais convenções limitavam a jornada de trabalho, protegiam a maternidade, protegiam contra o desemprego, proibiam o trabalho noturno de menores de 18 anos e definiam a idade mínima de 14 anos para o trabalho da indústria (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2011, p. 56).

Terminada a Segunda Guerra Mundial, estabelece-se com a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), firmada em 26 de junho de 1945, em São Francisco, a organização, estrutura e funcionamento da ONU, cujo objetivo, além da manutenção

da paz e da segurança internacional, é o respeito, proteção e salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Em concordância com esses objetivos e como testemunho de uma nova era para a humanidade, promulgou-se a Carta Magna dos Direitos Humanos, na forma da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Nesse documento histórico basilar para a civilização humana estão sintetizadas as preocupações mais nobres do direito universal. Nele não só tem guarida os princípios básicos de respeito da dignidade de todas as pessoas, em igualdade e não discriminação (art. 2º), como também se ressalta que a família é o elemento natural e fundamental da sociedade, merecedora de proteção da sociedade e do Estado (art. 16.3). Acrescentou-se, especificamente, que “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais, e que todas as crianças, nascidas do casamento ou fora dele, têm direito a igual proteção social (art. 25.2)”.

Vários foram os questionamentos a respeito da natureza jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Todos são unânimes em afirmar, entretanto, que a Declaração não é um tratado: é tecnicamente uma recomendação que a Assembléia-Geral das Nações Unidas faz a seus membros, conforme especificado no art. 10 da Carta de São Francisco.

Não é por outro motivo que Rezek (2010, p. 226) e Cançado-Trindade (1981, p. 227) sustentam que o documento não tem força vinculante. No entanto, a doutrina brasileira tem-se manifestado incessantemente em torno do caráter cogente da Declaração (COMPARATO, 2010, p. 238; MAZZUOLI, 2011, p. 861; MONACO, 2005, p. 72; PIOVESAN, 2011, p. 205), sendo vista atualmente como, no mínimo, um costume internacional ou princípio geral do direito e, dessa feita, como fonte do direito internacional, o que lhe confere natureza obrigatória¹¹⁸⁵.

Novos avanços rumo à proteção dos direitos das pessoas surgem e consubstanciam-se no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, que traz os princípios de igualdade e não discriminação para toda a humanidade (arts. 2, 16 e 26) e, especificamente, no tocante à infância introduz o preceito concreto

1185 Eleva-se, assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem à categoria de *jus cogens*. Os arts. 53 e 64 da Convenção de Viena sobre Direito de Tratados de 1969 definem *jus cogens* em Direito Internacional como sendo a norma imperativa de direito internacional geral, ou seja, “norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza”. Souza nos apresenta cinco características fundamentais do *jus cogens*, quais sejam: *a generalidade* – são normas de direito internacional geral que obrigam a todos os Estados; *a imperatividade* – são normas imperativas, uma vez que não admitem a validade de qualquer acordo que lhes seja contrário; *a representação de interesses comuns da sociedade internacional* – são normas dotadas de generalidade no tocante ao reconhecimento de sua imperatividade, em face dos interesses por elas representados ou protegidos; esse reconhecimento se dá no conjunto da comunidade internacional de Estados, ou seja, não é necessária uma unanimidade, bastando uma ampla e significativa maioria de Estados da comunidade internacional; *a mutabilidade* – tais normas não são imutáveis, vale dizer, podem ser derogadas ou modificadas por normas dotadas das mesmas características de generalidade, imperatividade e reconhecimento no seio da comunidade internacional; *a proibitividade* – tais normas conduzem à nulidade de qualquer tratado internacional que lhes seja contrário, bem como de qualquer outra norma de conteúdo derogatório, desde que não seja da mesma natureza. (SOUZA, 2001, p. 35)

de que toda criança tem o direito, sem discriminação alguma motivada por raça, cor, sexo, idioma, religião, origem nacional e social, posição econômica ou nascimento, às medidas de proteção que sua condição de menor requer, tanto por parte de sua família como da sociedade e do Estado (art. 24).

Análogo a esse espírito se revela o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 2º), com específica referência à proteção da família, da maternidade e das crianças e adolescentes contra qualquer tipo de exploração econômica, social ou laboral (art. 10)¹¹⁸⁶.

Em 1959 surge a “Declaração de Direitos da Criança”. Para Bobbio (1992, p. 35), tal documento internacional se insere no que chamou de “especificação” dos direitos humanos, tendência que surge após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para a determinação ulterior dos sujeitos titulares de direitos. Nas palavras do jurista italiano,

Se se diz que a criança, por causa de sua imaturidade física e intelectual, necessita de proteção particular e de cuidados especiais, deixa-se assim claro que os direitos da criança são considerados como *iussingulare* com relação ao *iuscommune*; o destaque que se dá a essa especificidade, através do novo documento, deriva de um processo de especificação do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima *suum cuique tribuere*.

Fato é, também, que a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 incentivou uma nova fase de desenvolvimento normativo orientado a formular um convênio ou pacto internacional imperativo para os Estados que o firmassem e ratificassem, e do qual pudessem derivar medidas de fiscalização e de responsabilização das infrações comprovadas.

Esse nobre empenho culminou vinte anos depois na aprovação, em 20 de novembro de 1989, da Convenção sobre os Direitos da Criança, que entrou em vigor em 1990.

A Convenção sobre os Direitos da Criança constitui um tratado internacional de proteção de direitos humanos, ou seja, tem força jurídica obrigatória e abarca todo o espectro dos direitos humanos, isto é, reconhece tanto os direitos civis e políticos como econômicos, sociais e culturais, afirmando implicitamente que o desfrute de um direito não pode estar apartado do gozo dos demais. Isso significa que, para a criança desenvolver as suas capacidades físicas, intelectuais, morais e espirituais, requer-se tanto atenção médica e educação adequada quanto um meio social e familiar saudável e seguro, alimentação equilibrada e normas mínimas que regulem a atuação dos meios de comunicação.

O documento define *criança* como todo ser humano com menos de 18 anos, excetuada a hipótese em que lei aplicável à criança lhe atribua maioridade abaixo des-

1186 O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foram ratificados pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, aprovados pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgados pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

se limite (art. 1º), e determina que os Estados–Partes providenciem todas as medidas legislativas, administrativas e de outra natureza a fim de implementar os direitos reconhecidos na Convenção (art. 4º).

A criança é titular de todos os direitos que correspondem às demais pessoas, mais certos direitos específicos de quem se encontra em fase de desenvolvimento físico, intelectual e psicológico.

A Convenção veda todo e qualquer tipo de discriminação e determina que os Estados–Partes tomem as medidas apropriadas para garantir que todas as crianças sejam protegidas contra qualquer forma de punição, com base em todo e qualquer ato discriminatório (art. 2º).

Estabelece o critério norteador do “interesse maior da criança” e a obrigação dos Estados–Partes de fazer cumprir esses direitos, assim como de os pais preverem direção apropriada para que a criança exerça os direitos reconhecidos na Convenção, de forma consistente com a evolução de suas capacidades (art. 5º).

A Convenção criou, ainda, um Comitê para os Direitos da Criança (art. 43) para fiscalizar a observância da Convenção, e exerce essa atividade mediante o exame de relatórios periódicos preparados pelos Estados–Partes. O Comitê pode requerer informações adicionais, além daquelas fornecidas pelos Estados–Partes, quando da elaboração dos relatórios, para reunir condições de formular conclusões circunstanciadas sobre dados que lhe são submetidos (art. 44)¹¹⁸⁷.

Vê-se por tudo isso quantos foram os avanços trazidos pela Convenção no tocante à proteção dos direitos da infância e da adolescência, especialmente na consagração da Doutrina da Proteção Integral, atestados pelo reconhecimento de que os direitos da criança e do adolescente devem ter tratamento amplo e integrado entre si, não sendo uns passíveis de proteção sem que todos sejam objeto dessa mesma proteção.

Os sistemas regionais também asseguram a proteção às crianças de forma direta e reflexa ao discutir a proteção e o respeito dos direitos de todo ser humano. Amaral Júnior (2011, p. 502) nos lembra que: “A proteção dos direitos humanos suscitou, no plano regional, a elaboração de formas sofisticadas de solução de controvérsias destinadas a assegurar a eficácia dos direitos e liberdades garantidos internacionalmente. Cortes judiciais permanentes surgiram na Europa, nas Américas e na África, com o objetivo de impedir que permanecessem impunes as violações dos direitos humanos cometidas no interior dos Estados; entre os países árabes, normas regionais começam a ser instituídas e já existem sugestões para a criação de um sistema de proteção dos direitos humanos

1187 Para Cançado-Trindade (1991, p. 29), o sistema de relatórios é, a despeito de variações processuais, um método de implantação internacional de direitos humanos ou controle exercido *ex officio* pelos órgãos de supervisão internacionais. Aduz o autor: “Tem-se considerado o sistema de relatórios como um método particularmente adequado à implantação dos direitos econômicos, sociais e culturais, se não – até o presente – o método *par excellence* de sua implementação”.

na Ásia”. Assim temos, quanto à proteção dos direitos humanos, o “Sistema Europeu” apoiado na Corte Europeia dos Direitos Humanos; o “Sistema Interamericano” com a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos que constituem os dois órgãos responsáveis por zelar pela aplicação das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos; e o “Sistema Africano” baseado na Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos e na Comissão de Direitos Humanos e dos Povos.

3. A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NAS AMÉRICAS

O Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, em 25 de setembro de 1992, aqui promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. O Pacto de San José estabelece no seu art. 19 que “toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”.

Ainda no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, podemos destacar o art. XXX do Protocolo Adicional em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecido como Protocolo de São Salvador, promulgado pelo Decreto no. 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

A duas convenções compõem, juntamente com a Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta de Bogotá) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) o complexo normativo protetivo do sistema interamericano dos direitos humanos, que teve sua origem na Carta de Bogotá, em 1948.¹¹⁸⁸

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos é o instrumento fundamental do sistema interamericano e prevê uma proteção complementar ou coadjuvante a oferecida pela ordem jurídica interna dos Estados – Partes. Isso significa que não se retira dos Estados a competência primária para proteção dos direitos das pessoas sob a sua jurisdição, mas nos casos de ausência de amparo ou de proteção aquém da necessária, em desconformidade com os direitos e garantias previstos pela Convenção pode o sistema interamericano ser acionado¹¹⁸⁹, concorrendo para o objetivo de proteger determinado direito que o Estado não garantiu ou preservou menos do que devia (Mazzuoli (2011, p.975).

Para a proteção e monitoramento dos direitos que a Convenção Americana dos

1188 Os Estados Unidos da América não são signatários da Convenção Americana dos Direitos Humanos, tampouco da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. A jurisprudência e a doutrina internacionais apontam, entretanto, que, não obstante não terem firmado tais obrigações, estas existem porque emanam da Carta de Bogotá, da Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, além do “status” consuetudinário contido em vários dispositivos da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

1189 A possibilidade de apresentar queixa ou denúncia junto ao sistema interamericano, tendo como “porta de entrada” a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é e, deve ser ampla. Podem apresentar queixas e denúncias o próprio pessoal das instituições e centros onde estão as crianças e adolescentes, membros da família da criança e do adolescente, organizações da sociedade civil, bem como toda pessoa que tome conhecimento de uma situação que os ameace.

Direitos Humanos, esta vem integrada por dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Uma análise da Proteção Integral das crianças e adolescentes nas Américas não pode prescindir da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da interpretação trazida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A mudança de paradigma trazida pela doutrina da Proteção Integral, que reconhece na criança a qualidade de sujeito de direito e as consequências desse novo posicionamento, é analisada no caso “Villagrán Morales y otros”, conhecido, também, com o caso do “Niños de la calle”.¹¹⁹⁰

Beloff (2008, p. 64-65) resume os pontos principais apresentados na sentença proferida no caso em epígrafe aos seguintes:

- a. Dar visibilidade ao tema das campanhas de assassinatos de crianças e jovens socialmente vulneráveis na Guatemala;
- b. Pronunciou-se, pela primeira vez, sobre o art. 19 da Convenção Americana referindo-se às medidas especiais de proteção das que as crianças por sua condição são titulares;
- c. Desenvolvimento do direito à vida em um sentido integral que inclui tanto sua não privação quanto as obrigações positivas do Estado para garantir às crianças uma vida digna;
- d. Integrar a Convenção sobre os Direitos da Criança à interpretação dos art. 19 da Convenção Americana.

Não obstante a falta de enfrentamento de questões importantes, conforme bem aponta Beloff (2008, p. 70-77), principalmente ao não conseguir determinar parâmetros para o conteúdo das medidas de proteção mencionadas no art. 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹¹⁹¹, a sentença representa um passo significativo na construção de um “corpus juris”¹¹⁹² internacional de proteção dos direitos das crianças e adolescentes, o que revela a importância e a utilidade do sistema interamericano.

Em março de 2001 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou à Corte que emitisse uma opinião consultiva com um duplo objetivo: a) que fossem

1190 “Niños de la calle” (Villagrán Morales e outros) c/ Guatemala, Reparações e Custas, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C no. 63.

1191 Aqui cabe uma distinção feita pela doutrina internacional no sentido de se fazer uma distinção entre “medidas de proteção especial” e “medidas de proteção integral”. As primeiras dizem respeito às violações de direitos e à restituição de direitos em contraposição às segundas que se referem ao conjunto de medidas para a garantia e efetividade de gozo de direito se a prevenção de situações de vulneração dos mesmos.

1192 Compreende-se “corpus juris” em relação aos direitos humanos das crianças e dos adolescentes como o conjunto de normas fundamentais de conteúdo jurídico distinto (tratados, convênios, resoluções e declarações) assim como as decisões adotadas pelos órgãos de direitos humanos internacionais que tenham por objetivo garantir os direitos humanos das crianças e adolescentes. Se bem que o instrumento internacional por excelência para a proteção dos direitos da criança e do adolescente é a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, estes direitos também se encontram reconhecidos e protegidos em outros tratados internacionais, motivo pelo qual a Comissão Interamericana de Direitos Humanos eo Comitê dos Direitos da Criança recomendam a ratificação dos principais tratados de direitos humanos.

interpretados os artigos 8 e 25 da Convenção com o propósito de determinar se as medidas especiais do art. 19 da mesma Convenção constituiriam limites ao arbítrio ou à discricionariedade dos Estados em relação às crianças e b) que fossem formulados critérios gerais válidos sobre a matéria dentro do marco legal da Convenção.

Novamente Beloff (2008, p. 184-188) nos traz importantes comentários sobre as conclusões (ou não conclusões) da Opinião Consultiva 17/2002 (OC 17).¹¹⁹³

A primeira delas é, com certeza, a mais importante, é a que reconhece que crianças e adolescentes são titulares de direitos e não objeto de proteção.

A segunda conclusão se refere ao princípio do “superior interesse da criança” sobre o qual a Corte considera que implica e o desenvolvimento da criança e adolescente e o exercício pleno de seus direitos devem ser considerados como critérios reguladores para a elaboração de normas e a aplicação desta em todos os aspectos de suas vidas.

A terceira se refere ao princípio da igualdade, entendendo a Corte que há necessidade de regras e medidas relacionadas às crianças que sejam diferentes em função de suas condições especiais.

A quarta conclusão é no sentido de que a família constitui o espaço primordial para o desenvolvimento da criança e adolescentes e para o exercício de seus direitos, razão pela qual se deve apoiá-la e fortalecê-la. Dessa assertiva decorre a quinta conclusão que estabelece que se deve preservar e fortalecer a permanência da criança no núcleo familiar, salvo se existam razões determinantes para separá-la de sua família, em função do seu interesse superior.

A sexta conclusão vincula a proteção à institucionalização, quando afirma que para a atenção das crianças, o Estado deve valer-se de instituições que disponham de pessoal adequado, instalações suficientes, meios idôneos e experiência comprovada.

A sétima sustenta o direito à vida que abarca não só as proibições de privação arbitrária como também a obrigação de adotar as medidas necessárias para que a existência das crianças se desenvolva em condições dignas.

A conclusão oitava estabelece que a verdadeira e plena proteção das crianças significa que estes podem desfrutar amplamente de todos os seus direitos, dentre eles, os econômicos, sociais e culturais que lhes são assegurados pelos vários documentos internacionais. Nesse sentido, os Estados – Partes tem a obrigação de adotar medidas positivas para assegurar a proteção de todos os direitos das crianças. Seguindo nesse sentido, a conclusão nona se concentra na obrigação do Estado em tomar todas as medidas positivas que assegurem a proteção das crianças contra maus-tratos, seja na sua relação com as autoridades públicas, ou em relação individuais ou com entes estatais.

¹¹⁹³ *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*. Opinião Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, Série no. 17.

As demais conclusões dizem respeito às garantias dos processos judiciais e administrativos nos quais se resolvam os direitos das crianças, apontando, também a importância que a conduta delitiva dos menores de 18 anos esteja sujeita a órgãos judiciais distintos aos correspondentes aos adultos, apelando-se, por final, pela emprego de vias alternativas de solução de controvérsias que os afetem.

Vale, por último, destacar o Voto Concorrente de Cançado-Trindade à Opinião Consultiva 17, proferido em 28 de agosto de 2002, que assinala que:

Todo o novo *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi construído sobre a base dos imperativos da proteção e dos interesses superiores do ser humano, independente de seu vínculo de nacionalidade e seu *status* político, ou qualquer outra situação ou circunstância. Daí a importância que assume em seu novo direito de proteção, a personalidade jurídica do indivíduo como sujeito do Direito tanto interno como internacional...

...os direitos da criança se desprenderam do pátrio poder (do direito romano) e das concepções de indissolubilidade do matrimônio (do direito canônico), no próprio direito de família, – enriquecido pelo reconhecimento, no século XX, dos direitos da criança no plano internacional –, o fundamento da autoridade familiar passa a ser o interesse superior da criança, cujo estatuto ou condição adquire por fim autonomia própria.¹¹⁹⁴

A Convenção Americana de Direitos Humanos se revela, assim, a partir do seu art. 19, um instrumento normativo que reconhece a condição especial de crianças e adolescentes de cidadãos em desenvolvimento, bem como a sua posição jurídica de sujeito de direitos, e assume o dever de Proteção Integral ao lado dos demais instrumentos internacionais de proteção da infantoadolescência.

4. A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO INTEGRAL NO DIREITO BRASILEIRO

A doutrina vem debatendo há muito como são recepcionados os tratados anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004¹¹⁹⁵, caso em que se inclui a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). A tese (por ora) vencedora da suprallegalidade dos tratados de direitos humanos, defendida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, em sessão plenária de 22 de novembro de 2006, não

1194 Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. Opinião Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, Série no. 17.

1195 Os primeiros tratados de direitos humanos aprovados de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/2004 foram a Convenção de Nova York de 2007 sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Decreto Legislativo nº 186, de 9-7-2008 e Decreto 6.949, de 25-8-2009). Para Dimoulis e Martins (2009, p. 400) na hipótese da aprovação de um tratado de direitos humanos na forma prevista no parágrafo 3º do art. 5. da Constituição da República não haveria justificativa para a edição de decreto do Presidente da República, já que as emendas constitucionais são promulgadas sem a sua participação, bastando o decreto legislativo. Varela (2010, p. 72) observa que o decreto legislativo expedido na hipótese teria força de emenda constitucional, mas não seria, propriamente, uma emenda constitucional. Para este autor, entretanto, como os demais tratados, os tratados de direitos humanos apenas entrariam em vigor no direito interno com a promulgação por meio de decreto do Presidente da República.

atende ainda aos anseios dos internacionalistas, que pretendem ver esses tratados todos recepcionados como normas constitucionais.

Entretanto, essa nova posição do Supremo Tribunal Federal em matéria de tratados sobre direitos humanos já representa um grande avanço da Corte se comparada à sua jurisprudência anterior, que não acolhia nenhuma suprallegalidade dos tratados de direitos humanos.

É oportuno tecer algumas considerações a respeito da relação entre a Constituição Federal e os tratados de direitos humanos para posicionar, de forma dogmaticamente adequada, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Americana dos Direitos Humanos no âmbito do Direito Brasileiro.

Convém observar que o tema da relação entre tratados em geral e o direito interno apresenta, na teoria do Direito Internacional Público e nos votos do Supremo Tribunal Federal inúmeras nuances, a exemplo das que dizem respeito, dentre outras discussões: à internalização dos tratados como lei ordinária ou como lei complementar dependendo do conteúdo que traga; à autoaplicabilidade dos tratados e às consequências jurídicas oriundas da diversa natureza jurídica existente entre o tratado e lei.

De fato, a forma de incorporação dos tratados internacionais relacionados a direitos humanos sofreu modificação após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou ao art. 5º o parágrafo 3º, com o seguinte conteúdo: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, todos os tratados, relativos ou não à proteção dos direitos humanos, tinham posição hierárquica igual às leis ordinárias, ou seja, para incorporar um tratado no ordenamento jurídico brasileiro, era suficiente o voto da maioria simples dos membros do Congresso (que o faz mediante um Decreto Legislativo), com a posterior concordância do Presidente da República (que internaliza a norma a partir do Decreto Presidencial).

O Supremo Tribunal Federal endossou essa igualdade entre tratado e lei por vários anos¹¹⁹⁶, o que significava, na prática, que, em casos de conflito entre lei e tratado, cumpria aplicar as regras de solução de antinomias jurídicas entre normas do mesmo nível, prevalecendo a norma mais nova. Deveria ser aceito, assim, que uma lei posterior, também votada pela maioria do poder legislativo federal e promulgada pelo poder executivo, teria a capacidade formal de modificar o previsto em um tratado.

Ocorre que essa posição sempre fora duramente contestada por Piovesan (2011,

1196 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480-3/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Tal posicionamento foi construído, sobretudo, a partir do Recurso Extraordinário nº 80.004, relator Ministro Xavier de Albuquerque, julgado em 01/06/1977. Disponíveis em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 7 abr. 2011.

p. 102-163), Mazzuoli (2011, p. 374-379) e Amaral Júnior (2011, p. 519-529), preocupados com a tutela dos direitos humanos contra eventuais abusos do legislador nacional. Para eles, os tratados de direitos humanos teriam força jurídica igual à da Constituição e, de qualquer forma, seriam superiores às leis ordinárias, não podendo lei posterior abolir ou mesmo restringir previsões de tratados que tutelam direitos humanos.

Para essa parte da doutrina, as normas desses tratados são materialmente constitucionais por integrarem “o bloco de constitucionalidade” e “revogam todas as normas inferiores que os contrariem, tenham ou não precedência temporal. Sob esse prisma, não é relevante se a norma referida é anterior ou posterior ao advento do tratado. O simples fato de revestir posição hierárquica superior lhe dá incontestável primazia, quando em confronto com eventuais normas colidentes” (AMARAL JÚNIOR, 2011, p. 529).

O Supremo Tribunal Federal avançou no tema do conflito entre tratados de direitos humanos e leis internas, com voto do Ministro Sepúlveda Pertence, de 29 de março de 2000, no Recurso em *Habeas Corpus* nº 79.785/RJ, entendendo ser possível considerar os tratados de direitos humanos como instrumento jurídico de caráter supralegal (mas não constitucional, como defendiam os doutrinadores).

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos ficou ainda mais clara, no Supremo Tribunal Federal, com voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, no qual se discutia a questão da prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia, em que defendeu a tese de que os tratados de direitos humanos ocupariam nível hierárquico intermediário: abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional¹¹⁹⁷.

Nesse contexto, verifica-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Carta Americana de Direitos Humanos constituem normas internas, inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, através de decreto presidencial, após aprovação pelo Congresso Nacional, com força infraconstitucional, sendo posteriores ao Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Isto significa que constam de nosso ordenamento, sob a égide dos arts. 227 a 229 da Constituição Federal, três textos que compõem o Direito da Criança e do Adolescente, um com força de lei ordinária – o Estatuto da Criança e do Adolescente – e dois ou-

1197 No voto proferido em 12 de março de 2008 no *Habeas Corpus* nº 87.585-8, onde se discutia também a impossibilidade de prisão civil por dívida pela aplicação do Pacto de San José da Costa Rica, o Ministro Celso de Mello modificou radicalmente seu posicionamento anterior para aceitar a tese defendida pela doutrina segundo a qual os tratados de direito internacional têm índole de normas constitucionais no Brasil. O STF reviu sua antiga jurisprudência na matéria, relativamente à possibilidade de prisão do depositário infiel. Diante da circunstância de o Brasil ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica, que restringe a prisão por dívida ao descumprimento inescusável da prestação alimentícia, passou a considerar derogadas as leis que previam a prisão do depositário infiel, inclusive nas hipóteses de alienação fiduciária e de depósito judicial. O Tribunal se dividiu em relação à posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos firmados pelo Brasil. Prevaleceu nos julgamentos a tese do Ministro Gilmar Mendes, que sustentou o status supralegal, mas infraconstitucional de tais atos. Ficaram vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Eros Grau e Ellen Gracie, que sustentaram a hierarquia constitucional de todos os tratados de direitos humanos, aprovados ou não pelo rito especial do art. 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal. O Ministro Marco Aurélio entendeu não ser indispensável uma definição sobre este ponto para fins daqueles julgamentos e absteve-se de se pronunciar sobre ele.

tros com caráter supralegal – a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Americana dos Direitos Humanos – segundo o teor do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343-1SP (julgado em 03.12.2008).

5. O SIGNIFICADO DE “PROTEGER INTEGRALMENTE” NO DIREITO BRASILEIRO E A IMPORTÂNCIA DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Há necessidade de transposição e cumprimento, no âmbito interno, do estabelecido na normativa internacional. O reconhecimento dos direitos não é suficiente, havendo a necessidade de um modelo operativo nacional que constitua um andaime estrutural necessário para dar efetividade, vigência, proteção e defesa dos direitos reconhecidos no âmbito internacional às crianças e adolescentes em especial, na Convenção sobre os Direitos das Crianças e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Vale lembrar que a posição jurídica da criança e do adolescente no direito brasileiro foi redimensionada pela Doutrina da Proteção Integral, trazida pela Convenção sobre os Direitos da Criança e reconhecida pelo art. 19 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, garantindo-lhes um “corpus juris” internacional e nacional com características e principiologia próprias, que entretanto, dialoga com outros saberes, numa perspectiva interdisciplinar.

Nesse sentido, apontamos, nos próximos sub-itens, qual o significado normativos da Proteção Integral da criança e do adolescente no Brasil a partir desse corpo normativo até aqui revelado.

5.1. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO TITULARES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao dar caráter constitucional aos direitos da criança e do adolescente, incluindo-os nos arts. 6º e 227 do Constituição Federal, o legislador constitucional os elevou à categoria de titulares de direitos fundamentais. Os direitos da criança e do adolescente se inserem, assim, na esfera dos direitos fundamentais, cuja finalidade é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado, ou seja, “são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas) contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual” (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 46-47).

A leitura do art. 227 da Constituição Federal encerra um catálogo de direitos dos quais crianças e adolescentes¹¹⁹⁸ são titulares. Por outro lado, a mesma leitura leva-nos a

¹¹⁹⁸ Observa-se, por oportuno, que o art. 227 da Constituição Federal foi alterado pela Emenda Constitucional 65/2010,

concluir que o Estado é devedor de “obrigações positivas” perante a criança e o adolescente, obrigações que concernem, em especial, a assegurar-lhes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de pô-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Com efeito, a norma constitucional, ao estabelecer que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direito, ou seja, que gozam de direitos previstos no texto constitucional, permite-lhes exigir a satisfação desses direitos.

Consolidadas as ideias de que os arts. 6º e 227 da Constituição Federal constituem direitos fundamentais, os quais geram direitos subjetivos de intervenção obrigatória do Estado, ou seja, geram “obrigações positivas”, podemos concluir que os direitos das crianças e dos adolescentes se inserem na categoria de direitos de “segunda dimensão”, ou “direitos sociais”, ou, melhor dizendo, direitos “sociais, econômicos e culturais”. Nesse sentido, diz Veronese (1999, p. 186-187):

O surgimento de novos direitos, mais especificamente falando, os direitos sociais das classes oprimidas, dos trabalhadores, das crianças e dos adolescentes, dos velhos, das mulheres, dos consumidores, do direito a um meio ambiente saudável, entre outros, revelam um quadro diferenciado do tradicional, pois estes novos direitos estão a exigir, na maioria dos casos, uma intervenção ativa do Estado. Portanto, não mais satisfaz uma negação ou impedimento de violação, já que são situações que tornam praticamente obrigatórias as atividades estatais.

Proteger integralmente a criança e o adolescente significa, assim, conferir-lhes uma posição jurídica de titulares de direitos subjetivos aptos a exigir determinada atuação do Estado, ou seja, obrigações positivas, no intuito de melhorar sua condição de vida, garantindo-lhes os pressupostos materiais necessários para o exercício de sua liberdade, aí incluídas as liberdades “negativas”, ou seja, de resistir a uma possível intervenção do Estado.

No plano objetivo, as “obrigações positivas” a cobrar do Estado podem ser materiais e normativas. As prestações materiais se caracterizam, assim, de forma genérica, por oferecer, o Estado, bens e serviços a pessoas que não podem adquiri-los no mercado, tais como, no caso da criança e do adolescente, saúde, alimentação, creches, educação, lazer, profissionalização e cultura e – num segundo momento - oferecer universalmente os serviços de que detém o monopólio, como por exemplo, a segurança pública, a fiscalização ao trabalho infantil e a previdência social. A prestação normativa consistiria em exigir do Estado a criação de normas jurídicas que tutelem interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente.

e o dever jurídico da família, sociedade e do Estado de fazer cumprir os direitos fundamentais das crianças e adolescentes foi estendido aos jovens, que passam a ser detentores de prestações positivas, as quais devem ser tomadas com prioridade absoluta.

O plano subjetivo se revela na titularidade dos direitos públicos subjetivos. Está nela compreendida toda criança e adolescente que necessitem de prestações relacionadas, dentre outras, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à segurança pública, à previdência social e à proteção ao trabalho infantil, titularidade atribuída não só às crianças e adolescentes brasileiros como também aos estrangeiros, independentemente de aqui residirem ou não. Os direitos sociais não comportam a interpretação restritiva contida no comando do “caput” do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” desde que sejam brasileiros ou estrangeiros que tenham residência no Brasil (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 79).

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente ante o Estado podem ganhar, quanto ao seu exercício, contornos difusos, ou seja, de pretensões cujo exercício não pertence ao exercício individual de determinada criança ou adolescente, como até agora analisado, mas que assume características de um direito pertencente a uma série indeterminada de sujeitos, agrupados em decorrência de situações fáticas.

A Constituinte de 1988, em perfeita consonância com o novo paradigma da Proteção Integral, não se limitou a proteger a criança e o adolescente por meio da atribuição ao Estado das “obrigações positivas”, ao teor do que estabelece o “caput” do art. 227, mas preocupou-se também em estabelecer deveres da família e sociedade perante a criança e o adolescente. Assim, ao lado de uma relação cidadão (criança e adolescente) – Estado no tocante aos direitos fundamentais, temos deveres no contexto cidadão (criança e adolescente) – família e cidadão (criança e adolescente) – sociedade.

A ideia de deveres fundamentais, como observa Canotilho (1997, p. 518), é susceptível de ser entendida como o “outro lado” dos direitos fundamentais, ou seja, um direito fundamental, enquanto protegido, pressuporia um dever correspondente. Entretanto, para o autor essa perspectiva deve ser afastada:

Os deveres fundamentais, na verdade, são recortados na ordem jurídico-constitucional como uma categoria autônoma. Os direitos, liberdades e garantias vinculam também entidades privadas, mas com isso apenas se pretende afirmar a existência de uma eficácia (indirecta ou mediata) destes direitos na ordem pública privada; não se estabelece a correspondência estrita entre direitos e deveres fundamentais (1997, p. 518).

Como proteger, integralmente, a criança e o adolescente nas relações que envolvem os deveres da família e da sociedade para com os direitos fundamentais da criança e do adolescente? Explica a doutrina (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 67) que, nessa hipótese, se faz necessária a intervenção legislativa-estatal para especificar as formas e meios de cumprimento de tais deveres, o que não significa que o “caput” do art. 227 da Constituição Federal não tenha estabelecido deveres à família e à sociedade para com a criança e o adolescente.

5.2 A PRIORIDADE ABSOLUTA E A CONCRETIZAÇÃO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A positivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente e todo o instrumental legal e doutrinário para a sua efetivação não têm levado, infelizmente, ao grau de concretização dos direitos da criança e do adolescente que se espera, passados quase 30 anos da acolhida pelo direito brasileiro da Doutrina da Proteção Integral.

Ocorre que a concretização dos direitos fundamentais sociais acaba sempre por submeter-se a fatores de natureza política e social, destacando que o fator econômico não raro presta-se como justificativa para o seu descumprimento. É nesse contexto que se vem alegando, como limite fático para a não efetivação do dever social de prestação, a figura da “reserva do possível”, imprimindo-se, assim, aos direitos sociais uma natureza meramente programática e não vinculante.

Tal alegação implica que a não prestação dos direitos fundamentais sociais seria constitucionalmente justificável perante a escassez de recursos à disposição do Estado. Opõe-se a essa linha de pensamento uma forte corrente doutrinária, que lhe atribui um caráter falacioso, composto de uma racionalidade ilusória “que no fundo desconsidera em que medida o custo é consubstanciado a todos os direitos fundamentais” (FONSECA, 2010, p. 264).

As chamadas “garantias de instituições públicas” (que constituem uma forma das “garantias de organização”) impõe a necessidade de existirem organismos estatais para que se possa exercer os direitos fundamentais, o que deixa claro que o exercício de todos os direitos fundamentais tem o seu custo. Como exemplificam Dimoulis e Martins (2009, p. 64): “Se o Estado não tivesse, por exemplo, a obrigação de manter uma estrutura judiciária densa, seria risível dizer que o morador do Amazonas tem o direito ao *habeas corpus* porque pode impetrá-lo ante um tribunal de Brasília”.

Conclui-se, assim, que todos os direitos, sejam sociais, de resistência ou abstenção do Estado, coletivos ou difusos, são dispendiosos, razão por que todos os contribuintes fazem aportes vultosos para a sua efetivação e monitoramento. Isso significa que a efetivação dos direitos sociais não pode ficar alheia às questões de natureza política, econômica e social. Nesse sentido, pondera Sarlet (2001, p. 321): “Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real”.

Ocorre que, na prática, como bem observa Fonseca (2010, p. 265), a dimensão jurídica dos direitos fundamentais sociais tem sido relegada a um segundo plano, “na medida em que os Estados acabam se escondendo sob o manto da *obrigatoriedade x disponibilidade* financeira, também conhecida como ‘reserva do possível’, ou seja,

afastam-se de suas obrigações sob a alegação de que não há disponibilidade orçamentária para concretizar o catálogo de deveres fundamentais atribuídos ao Estado”.

No âmbito da interpretação e aplicação do Direito da Criança e do Adolescente, essa relação *obrigatoriedade x disponibilidade* financeira ganha contornos específicos, em virtude da especialidade dos direitos fundamentais por ele protegidos e da estrutura legislativa montada para essa proteção, não tendo sentido falar, no tocante aos direitos da criança e do adolescente, em “reserva do possível”.

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente a que se vinculam o Estado – diretamente pelo texto constitucional –, a família e a sociedade – mediante as normas infraconstitucionais – têm determinação rigorosa da área de sua proteção. A Constituição Federal atribui à criança, ao adolescente e ao jovem, no art. 227, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de estabelecer o dever do Estado, da família e da sociedade de os colocar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A prioridade absoluta constitucional é objeto do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que esclarece que o conceito contido na regra constitucional significa primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à adolescência. É palmar como o Estatuto da Criança e do Adolescente se preocupou, em cada um de seus incisos, em esclarecer, empregando sinônimos, a prioridade determinada no texto constitucional ¹¹⁹⁹.

A prioridade constitucional significa que, no concurso de vários direitos, não é possível que ocupem todos o mesmo lugar, porque foram graduados numa relação de precedência. A prioridade constitucional não diz respeito à relação de tempo, como ocorre nas relações de direito privado, quando se discute se determinada hipoteca foi prenotada antes ou depois de outra, mas, sim à especialidade dos titulares dos direitos fundamentais: crianças e adolescentes, ou seja, seres humanos em desenvolvimento. Por *absoluta*, podemos compreender, segundo Ferreira (1988, p. 6), algo ilimitado, irrestrito, pleno e incondicional.

Não se pretende com a prioridade absoluta constitucional punir os demais titulares de direitos fundamentais, nem tampouco excluí-los das prestações estatais, o que é impossível, porque direitos fundamentais não são excludentes. Tutelar os direitos da criança e do adolescente não implica desprezar os direitos fundamentais do mundo

¹¹⁹⁹ Rossato, Lépre e Cunha (2011, p. 24) nos lembram que em razão das alterações ao Estatuto da Criança e do Adolescente trazidas pela Lei nº 12.010/09, como derivado da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, foi introduzido o inciso VII do parágrafo único do art. 100 que exige que a atuação das autoridades competentes deva ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida, exigindo-se, nos casos de tutela jurisdicional a intervenção precoce não podendo se aguardar o trânsito em julgado da decisão para a sua efetivação.

adulto, “o que somente ocorre quando o aplicador do direito envereda-se pela vesguice de enxergar a criança ou o adolescente dissociado da sua família e do contexto social em se encontra inserido” (PAULA, 2002, p. 101), senão dar segurança e estabilidade aos direitos da criança e do adolescente, porque agora sabem que vêm na frente dos demais titulares de direitos fundamentais, após tantos anos em posição de objeto de direitos. É e sempre foi essa a intenção da Doutrina da Proteção Integral e de toda a trajetória internacional e nacional por que passou a proteção dos direitos infantoadolescentes.

Afastar a prioridade absoluta significa tirar a especificidade dos direitos da criança e do adolescente, situá-los no mesmo patamar dos demais titulares de direitos fundamentais. Significa, também, como bem aponta Melo (2011, p. 60), retirar de seus interesses a superioridade afirmada pelo princípio consagrado na Convenção dos Direitos da Criança e no art. 100, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente e a especificidade apontada pelo art. 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

5.3 O PRINCÍPIO DO INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA SOB O PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Como efeito imediato da internalização da Convenção sobre os Direitos da Criança aparece no sistema jurídico brasileiro o conceito do interesse superior da criança, pelo qual, com o paradigma da Proteção Integral, as políticas, ações e tomadas de decisões relacionadas com esse período da vida humana desvinculam-se do discurso das necessidades da criança e do adolescente, para compreendê-los a partir de seus próprios interesses. Passa-se com isso, segundo Melo (2011, p. 24), a

[...] reconhecer-lhes graus de protagonismo (agency) e se culmina com um outro entendimento e a possibilidade de reconhecimento de sua subjetividade jurídica. Isto se dá porque a ideia de “interesse” toma as crianças como ponto de referência primário, fazendo com que se meçam a si mesmas e permite-lhes fazer reclamações, postulações, cobranças de responsabilidades e de oportunidades para expressão de suas opiniões.

Nessa perspectiva, como bem ressalta Melo (2011, 24), rompe-se com a ideia do adulto ditando exclusivamente o que deva ser o superior interesse da criança, porque é a própria criança que está legitimada a falar por si.

Não restam dúvidas de que, sob a perspectiva da Proteção Integral, apesar de indefesos, crianças e adolescentes são indivíduos capazes de escolher conscientemente. Pestana (2008, p. 160) aponta que essa posição é reflexo de um conceito de infância social ativa, desenvolvido nos trabalhos de psicólogos e antropólogos que

[...] reconhecem que crianças constroem seu conhecimento, percepção, valores e sentimentos em estreita relação com os contextos sociais em que vivem, relacionando a escola, família, grupos e os meios de comunicação, sendo, portanto, crianças e adolescentes pessoas dependentes, em processo de desenvolvimento e maturidade cognitiva e emocional, então capazes de pensar, atuar, influir em seu contexto social.

Recorde-se que esse conceito já foi empregado para impor a apreciação das pessoas adultas sobre o que seria bom ou mau às pessoas da infantoadolescência, sem consultá-las ou pensar realmente a partir de sua perspectiva.

Assim, anteriormente, esse princípio escondia um traço arbitrário que desconhecia e contrariava os direitos sob o pretexto de proteger os interesses da criança e do adolescente. O único interesse que prevalecia era o dos adultos por controlar e disciplinar a infância e a adolescência e, sob esse pretexto, criavam-se instituições assistenciais e tutelares que cerceavam o livre e saudável desenvolvimento das crianças e dos adolescentes.

Hoje, entretanto, identifica-se no princípio uma norma cogente que cumpre sua função finalística de avaliar se as soluções propostas pelos administradores, juízes e pais são as melhores para assegurar o desfrute pleno e efetivo de todos os direitos e garantias da criança e do adolescente, dentro da perspectiva de que essa criança e esse adolescente é um ser autônomo, em processo de desenvolvimento.

Lembra Melo (2011, p. 59) que, por ter-se inscrito o interesse superior sob o marco da Proteção Integral, houve um deslocamento do princípio, não se justificando mais uma postura paternalista e discricionária, mas de garantia de concreção e realização de direitos fundamentais.

Monaco (2005, p. 179) chama a atenção para as aproximações das categorias “interesse superior da criança” e “direito da criança”. Explica o autor:

Com efeito, o interesse teria perdido, ao longo do tempo, a sua função de orientação e de princípio de hermenêutica central (impresso já na Declaração dos Direitos da Criança de 1959), cedendo espaço para a categoria dos direitos das crianças, de conteúdo menos ambivalente e incerto. Isso se dá na exata medida em que se tenha tentado aproximar as categorias por meio da definição de direito subjetivo, enquanto um interesse particularmente qualificado pela norma.

E conclui:

Nesse sentido, então, no que sempre esteve inscrito um princípio reitor da atividade legislativa e das políticas atinentes às crianças procurou-se enxergar um verdadeiro direito subjetivo que pudesse ser, como todo direito subjetivo, exigido diretamente e coercitivamente.

Não se pode confundir, assim, o princípio do interesse superior da criança e do adolescente com um direito subjetivo, o qual reúne os direitos fundamentais apontados pelo constituinte e reproduzidos pelo legislador estatutário, de que são titulares na qualidade de sujeito de direitos. Como visto, os direitos fundamentais estão estabelecidos em regras constitucionais e atribuem a seus titulares direitos subjetivos ante o Estado, a família e a sociedade.

O interesse superior da criança e do adolescente, indicado no inciso IV do parágrafo único do art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com o acréscimo

trazido pela Lei nº 12.010/2009, é, por sua vez, um princípio que deve ser considerado pelo Estado na sua atividade de concepção, implantação e execução de políticas públicas, pelo Estado-juiz em sua atividade de interpretação e aplicação das normas jurídicas, e ainda pela família, que, na tomada de qualquer decisão que diga respeito aos direitos da criança e do adolescente, deve por ele orientar-se.

Apesar do caráter cogente do princípio do superior interesse da criança e das regras constitucionais que estabelecem os direitos fundamentais da criança e do adolescente, regras não se confundem com princípios. Enquanto os princípios são normas com pretensão de complementaridade, ou seja, tão-somente pretendem contribuir para a tomada de decisão, as regras têm pretensão terminativa, ou seja, estabelecem “obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada” (ÁVILA, 2011, p. 71).

O princípio do interesse superior da criança expressa, assim, a noção de um processo dinâmico no qual as decisões que se tomam hão de ser constantemente revisadas não só para atender ao crescimento da criança e do adolescente, como também para atender à evolução da família e do grupo social em que interagem e aos aspectos da vida e de crescimento daqueles que ainda não chegaram à vida adulta.

A determinação do interesse superior da criança é tarefa particularmente difícil. Pereira (2000, p. 22) afirma com lucidez: “Estamos diante de um especial desafio que exigirá do jurista a descoberta de subsídios básicos para estabelecer, em face das profundas mudanças ocorridas, uma orientação coerente diante das questões que se apresentem”. Desafia-nos a todos a concretização do princípio.

Duarte (2007, p. 568) aponta as dificuldades de pensar de forma congruente com esse imperativo de orientação, ante os demais preceitos do direito interno que estabelecem a autoridade paterna como intermediária permanente da criança e do adolescente. A autora faz a análise sob a perspectiva do Direito Mexicano, que pode ser transportada para o Direito Brasileiro:

As razões são várias e podemos assinalar como a primeira delas o fato de que nosso sistema jurídico ainda não se reflete no resto das instituições diretamente relacionadas com a criança: uma estrutura vertical, onde a autoridade do pai e da mãe não se coloca em questão, e uma perspectiva patriarcal na qual importa mais proteger o homem de uma imputação de paternidade não desejada que garantir à criança o cuidado de ambos os progenitores (tradução nossa).

É certo que o modelo institucional de família trazido pela Constituição Federal foi modificado pela paridade de direitos e deveres tanto do pai quanto da mãe de forma a assegurar aos filhos todos os cuidados necessários para o desenvolvimento de suas potencialidades para a educação, formação moral e profissional, revelando a transformação e a revalorização de cada um de seus componentes (FACHIN, 2002, p. 134).

Entretanto, não é de todo errado afirmar que os paradigmas civilistas da relação familiar, ou seja, os pais e seus direitos e deveres (poder familiar) para com os filhos têm sutilezas e singularidades capazes de desatender à capacidade de decisão da criança e do adolescente, na qualidade de sujeito de direitos fundamentais, e por consequência, concorrer para que o seu interesse superior seja desatendido. Deve-se verificar, assim, o que efetivamente interessa a essa criança e a esse adolescente, que estão legitimados a falar por si e a escolher conscientemente. Como lembra Melo (2011, p. 24),

[...] na medida em que as crianças adquiriram competências cada vez maiores, diminui a necessidade de direção e orientação por parte dos pais, aumentando a capacidade das crianças de assumirem responsabilidades. Trata-se, portanto, de uma limitação aos direitos dos pais, mas também do Estado, em relação a crianças e adolescentes.

Nesse sentido, a oitiva obrigatória e a participação da criança e do adolescente nos atos e na definição de promoção dos direitos e de proteção prevista no inciso XII do parágrafo único do art.100 do Estatuto da Criança e do Adolescente e a nova redação do art. 28, parágrafo 1º do Estatuto, ao prever que, sempre que for possível, a criança e o adolescente sejam ouvidos, revelam a preocupação do legislador com a fala da criança e do adolescente, reflexo claro de sua posição de sujeitos de direitos e não objetos da tutela estatal e familiar. E essa fala deverá se apreciada por um juiz, mediante uma abordagem multidisciplinar e atitude compromissada com a realidade (VERONESE, 1997, p. 183) bem como por um pai e por uma mãe que ouçam efetivamente essa criança e esse adolescente.

5.4 O SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITOS E AS REDES DE PROTEÇÃO INTEGRAL

A inserção do paradigma de Proteção Integral na Constituição Federal, com a criança e o adolescente galgando a posição de sujeitos de direitos fundamentais com prioridade absoluta, dotados de interesses superiores, levou à estruturação de um Estatuto da Criança e do Adolescente que normatizou a atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos das crianças e adolescentes, atribuiu ao Ministério Público e aos Conselhos Tutelares a promoção e a fiscalização dos mesmos direitos e, aos Conselhos Nacionais, Estaduais e Municipais, a formulação das políticas nacionais, estaduais e municipais para a criança e o adolescente, desse modo fixando uma nova concepção, organização e gestão das garantias dos direitos da criança e do adolescente.

Essa perspectiva vai se refletir nas várias instituições que desenvolvem ações cujo objetivo é garantir os direitos na sociedade brasileira, atuando, como aponta Baptista (2012, p. 5), de acordo com suas competências:

[...] as instituições legislativas nos diferentes níveis governamentais; as instituições ligadas ao sistema de justiça – a promotoria, o Judiciário, a defensoria pública, o conselho tutelar – aquelas responsáveis pelas políticas e pelo conjunto de serviços e programas de atendi-

mento direto (organizações governamentais e não governamentais) nas áreas de educação, saúde, trabalho, esportes, lazer, cultura, assistência social; aquelas que, representando a sociedade, são responsáveis pela formulação de políticas e pelo controle das ações do poder público; e, ainda, aquelas que têm a possibilidade de disseminar direitos fazendo chegar a diferentes espaços da sociedade o conhecimento e a discussão sobre os mesmos: a mídia (escrita, falada e televisiva), o cinema e os diversificados espaços de apreensão e de discussão de saberes (seminários, congressos, encontros, grupos de trabalho).

Para dar maior eficácia às ações de efetivação dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, se fez necessária, assim, a atuação sistêmica dessas estruturas institucionais, superando uma história de ações fragmentadas e setorizadas, numa nova perspectiva de integração, em que há maior colaboração entre o setor público e o privado, e nítido caráter não repressivo, mas preventivo e proativo (BAPTISTA, 2012, p. 5).

Como afirmam Custodio e Veronese (2013, p. 130), essa perspectiva sistêmica ampara a Proteção Integral num sistema lógico, organizado sob a perspectiva de redes de responsabilidade compartilhadas entre família, sociedade e Estado.

É a noção de rede que permite traduzir com mais propriedade a “trama de conexões interorganizacionais em que se baseia o sistema de garantias dos direitos de crianças e adolescentes, pois compreende o complexo de relações acionadas, em diferentes momentos, pelos agentes de cada organização para garantir esses direitos” (AQUINO, 2004, p. 329).

As redes de Proteção Integral constituem a forma concreta, ou seja, o aspecto dinâmico do sistema de garantias de direitos, conformado a partir das conexões entre atores que compartilham um sentido de ação. (AQUINO, 2004, p. 329).

Segundo Baptista (2012, p. 6), existem modalidades diversas de rede:

Temos a rede construída para integração de serviços de diferentes instituições objetivando a realização de atendimentos de situações específicas, as redes familiares e as redes de vizinhança que, na maioria das vezes, responsabilizam-se por cuidados e dão suporte aos sujeitos para o enfrentamento das vicissitudes cotidianas. Na operação em rede, o que define a qualidade das relações vai além da organização e o intercâmbio de serviços: tem que contar com a disposição dos participantes de atuarem integradamente tendo em vista o objetivo comum.

Como lembra Aquino (2004, p. 363), a noção de sistema pressupõe a integração entre os atores, instrumentos e espaços institucionais que podem ser mobilizados para garantir os direitos da criança e do adolescente e o pleno funcionamento da rede. Tal integração é essencial para a concretude e, consequentemente, o sucesso do sistema de garantias.

Entretanto, se a rede é falha na atuação de um dos seus atores, por falta de articulação e consciência de suas atribuições, o sistema de garantias de direito não logra proteger e minimizar o sofrimento da vítima cujos direitos foram violados.

A Resolução nº 113, assinada em abril de 2006 e posteriormente retificada pela Resolução nº 117, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), veio dispor sobre parâmetros para a institucionalização e o fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, com a competência de

[...] promover, defender e controlar a efetivação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, coletivos e difusos, em sua integralidade em favor de todas as crianças e adolescentes, de modo que sejam reconhecidos e respeitados como sujeitos de direitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento; colocando-os a salvo de ameaças e violações a quaisquer de seus direitos, e garantindo a apuração e reparação dessas ameaças e violações¹²⁰⁰.

Nessa Resolução, a configuração do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente se estrutura a partir da articulação e integração em rede das instâncias públicas governamentais e da sociedade a partir de três eixos estratégicos de ação na área dos direitos humanos: I – da defesa; II – da promoção e III – do controle de sua efetivação (art. 5º da Resolução CONANDA nº 113/2006).

O Sistema de Garantia de Direitos e a rede de Proteção Integral da criança e do adolescente permitem enfrentar as dificuldades da realidade brasileira profundamente marcada pela exclusão e desigualdade social e pela perversidade no que concerne à distribuição de serviços aqui gerados, dando-lhes condição de participar não apenas dos direitos já existentes, mas de tornarem-se sujeitos-cidadãos, porque capazes de afirmar e de fazer reconhecer seus direitos. É importante destacar, ainda, a Resolução nº 195, de 27 de julho de 2017 que dispõe sobre a instituição de Grupo Temático com a finalidade de propor estratégias de aprimoramento e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente.

5.5.A INTERDISCIPLINARIDADE DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O Direito da Criança e do Adolescente permite vivenciar o enfoque interdisciplinar, que, no entender de Ventura (2007, p. 32), significa construir um saber próprio graças ao emprego de métodos de diferentes disciplinas para esclarecer uma situação precisa.

Aponta Pereira (1996, p. 6-7) que esse ramo especializado do Direito – com paradigma e princípios próprios – deve inteirar-se com outras áreas do saber, sobretudo das Ciências Humanas, não se concebendo falar em direitos básicos de crianças e adolescentes sem promover a integração de conhecimento que cada área pode fornecer.

Veronese (2008, p. 59) enumera as funções essenciais da interdisciplinaridade:

1200 Art. 2º da Resolução CONANDA nº 113/2006, cuja íntegra está no anexo 3.

[...] impede a delimitação do tema sob o prisma de uma única área do conhecimento, permitindo uma maior flexibilização nas análises e, portanto, uma visão mais abrangente possível de um tema proposto; elucida que as pesquisas em Direito estão conectadas com a Sociologia, a Filosofia e Ciência política, a História, etc., as quais não devem ser percebidas como meras colaboradoras para compreensão do fenômeno jurídico, antes, este somente pode ser realmente compreendido, encarado em sua complexidade, à medida que devidamente apreendido no universo do saber humano.

Fato é que a abordagem interdisciplinar exige do pesquisador que identifique as disciplinas a mobilizar para além do domínio do conhecimento jurídico. Isso não significa que o pesquisador não precise deter, com segurança, os conhecimentos da dogmática jurídica (enfoque disciplinar).

Como aponta Gusdorf no prefácio da obra de Japiassu (1976, p. 26), a exigência interdisciplinar impõe a cada especialista que transcenda sua própria especialidade, tomando consciência de seus próprios limites para acolher as contribuições das outras disciplinas: “uma epistemologia da complementaridade, ou melhor, da convergência, deve, pois, substituir a da dissociação”.

A interdisciplinaridade significa um movimento da epistemologia em uma nova direção, que permite conjugar racionalidade e historicidade mediante a suplantação da concepção fragmentária do saber (BOMBASSARO, 1997, p. 116-117).

Uma perspectiva simplesmente formalista e legalista, pautada, unicamente, na adequação normativa, não promove a ampliação da abordagem jurídica necessária para tornar o direito “mais preparado para cumprir sua missão de apaziguamento dos conflitos sociais, dando respostas mais justas e condizentes com o clamor social, bem como com os preceitos basilares do nosso ordenamento” (PAULO, 2012, p. 58).

Quem se restringe apenas à letra de lei e não trabalha com outros saberes, buscando dialogar e compreender as outras áreas do conhecimento humano, à procura de um meio mais justo e adequado de operar o Direito da Criança e do Adolescente, cuja essência é a proteção para o desenvolvimento integral da criança e do adolescente, faz apenas o que está determinado e não trabalha em prol do aperfeiçoamento da proteção da criança e do adolescente.

Como salienta Penteado (2008, p. 27), é necessário ter em conta que a norma não é a única, tampouco a principal perspectiva sob a qual deve analisar o sistema jurídico no mundo contemporâneo.

No caso do paradigma estatutário da Proteção Integral não se vislumbra outra forma de entendê-lo e vivenciar a sua efetividade sem considerar na análise jurídica a sua conexão com outros ramos do conhecimento humano, numa posição de humildade científica, receptiva a repensar, mudar e criar respostas jurídicas que efetivamente tragam o desenvolvimento integral da criança e do adolescente.

6. CONCLUSÕES

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), entre outros tratados de direitos humanos, situam-se como de fundamental importância para a garantia dos direitos de crianças e adolescentes, com o objetivo de preservá-los de todas e possíveis formas de violência.

A inserção do paradigma de Proteção Integral na Constituição Federal Brasileira de 1988 caracteriza, exatamente, a internalização dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro, a importante questão da sua autoaplicabilidade e as consequências jurídicas oriundas da diversa natureza jurídica existente entre um tratado e uma norma interna (lei).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos se revela, na órbita dos Direitos da Criança, em especial, o seu art. 19, um instrumento normativo que reconhece à criança a sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, com direito às medidas de proteção, bem como a sua posição jurídica de sujeito de direitos e, por fim, assume o dever de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, em um efetivo tripé de corresponsabilidade.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. A rede de proteção a crianças e adolescentes, a medida protetora de abrigo e o direito à convivência familiar e comunitária: a experiência em nove municípios brasileiros. Capítulo 12. p.325-365. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da (Coord.). *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília: Ipea, 2004.

ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAPTISTA, Myrian Veras. Algumas reflexões sobre o sistema de garantia de direitos. *Serviço Social & Sociedade* no. 109. São Paulo: Scielo, jan.-mar.2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-662820120001000107script=sci_arttext. Acesso em: 8 de fev.2020

BELOFF, Mary. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.

BIASOLI ALVES, Zélia Maria Mendes. Crianças e adolescentes: A questão da tolerância na socialização das gerações mais novas. In: _____. FISCHMANN, Roseli. *Crianças e adolescentes: Construindo uma cultura de tolerância*. São Paulo: Edusp, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOMBASSARO, Luiz Carlos. *As fronteiras da epistemologia: Como se produz conhecimento*. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos – Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Princípios de direito internacional público*. Brasília: UnB, 1981.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- CASTRO, Matilde Coutiño. El derecho de los menores: una perspectiva nacional e internacional. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM* no. 3 v.2. p. 289-304. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, jul.-dec. 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CORTÉS, J. Ruiz – Gimenez. Prólogo da coletânea: *Derechos del niño*. Madrid: Mc Graw Hill, 1998.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Voto Concorrente de Cançado Trindade à Opinião Consultiva 17/2002, proferido em 28 de agosto de 2002. Disponível em: <www.corteidh.org.cr/index.php/es/jurisprudencia>. Acesso em: 7 fev. 2020.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, set.-out.2010.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: a criança no direito brasileiro*. Rio de Janeiro.
- DUARTE, Alicia Pérez. *Derecho de familia*. México: Fondo de Cultura Economía, 2007.
- FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito da família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FALBO, Ricardo Nery. *Natureza do conhecimento jurídico: generalidade e especificidade no direito da criança e do adolescente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.
- FERRY, Luc. *A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999
- FONSECA, Maria Hemília. Os direitos econômicos, sociais e culturais: fórmulas fracas e vazias de efetividade? *Revista Mestrado em Direito*. ano 10. nº 2. p. 253-275. Osasco: Edifício, jul-dez. 2010.
- JAPIASSÚ, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago, 1976.
- MATOS, Roberto José Maria. Violencia, salud, infanto-juvenil y calidad de vida. In.: FUGARETTA, Juan Carlos; ROMANO, Esther(comp.). *Nuevas perspectivas interdisciplinarias en violencia familiar*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- MELO, Eduardo Rezende. *Crianças e adolescentes em situação de rua: direitos humanos e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994. Série: Direitos da Criança.
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- PAULO, Beatrice Marinho. Família: uma relação socioafetiva. In *Psicologia na Prática Jurídica: A criança em foco*. Org. Beatrice Marinho Paula. São Paulo: Saraiva, 2012, p.48-59
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- PEREIRA, Tânia da Silva et al. *O melhor interesse da criança: Um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Direito da criança e do adolescente: Uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- PESTANA, Denis. *Manual do conselheiro tutelar: Da teoria à prática*. Curitiba:Juruá,2008
- PINTO, Manuel; SARMENTO, Manuel Jacinto (Coords.). *As crianças. Contextos e identidades*. Braga: Centro de Estudos da Criança da Universidade do Minho, 1997.

- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente: Ato infracional e medidas socioeducativas*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional: Curso elementar*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabbris, 2001.
- VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Do direito ao método, do método ao direito. In: CERQUEIRA, Daniel Torres de; FRAGALE FILHO, Roberto (Org.). *O Ensino Jurídico em Debate*. Campinas: Millennium, 2007.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. Embrião humano: Uma reflexão sobre bioética. *Revista Pensamento e Realidade*. Ano XI. nº 23. p. 56-70. São Paulo: Faculdade São Luiz/Loyola, 2008.
- _____. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Ed. LTr, 1999.
- _____. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- _____; CUSTÓDIO, André Viana. *Trabalho Infantil Doméstico no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013

41.

DIREITOS DA CRIANÇA E O USO DO PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

Letícia Virginia Leidens

RESUMO: Trata-se de uma análise dos aspectos normativo, institucional e aplicativo acerca da tutela dos direitos das crianças no cenário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), especificamente a partir das diretrizes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. É relevante para delimitação de um perfil de emprego e aplicação, o mapeamento da incidência de decisões que recorrem ao uso do princípio do superior interesse da criança, como elemento de fundamentação e motivação para o restabelecimento dos direitos da criança no caso concreto, porém muitas vezes dissociado dos objetivos convencionais ou do conjunto de regras que visam garantir os direitos humanos dos meninos e das meninas. Propõe-se da análise, um estudo propositivo do uso do princípio do superior interesse da criança, especificamente a partir de um campo de caracterização e, sobretudo, da limitação da discricionariedade. Optou-se por uma pesquisa qualitativa de estudo de casos, a qual se utiliza a metodologia indutiva com o suporte teórico da doutrina de Antonio Cassese.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção Americana de Direitos Humanos. Direitos Humanos. Direitos da Criança. Princípio do superior interesse da criança.

SUMÁRIO: 1. Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH): simbologia e alcance para os direitos das crianças; 1.1 Caso *Atala Ríffo e crianças c. Chile*; 1.2 Opinião Consultiva nº 21/2014 da Corte IDH; 2. Notas sobre o Princípio do superior interesse da criança: algumas delimitações; 3. A subtração internacional e o rompimento do convívio familiar: um modelo de orientação convencional do princípio do superior interesse da criança; 4. Considerações finais.

1. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CADH): SIMBOLOGIA E ALCANCE PARA OS DIREITOS DAS CRIANÇAS

As violações dos direitos fundamentais e dos direitos humanos perpetradas por ação e omissão do Estado e da sociedade civil tomam a pauta diária das informações jornalísticas, dos diálogos acadêmicos, da voz da Sociedade. A dificuldade de apontar causas e trabalhar na perspectiva de minimizá-las é um desafio multicultural e um problema que necessita da expansão do diálogo para além dos seus pontos de visibilidade. Torna-se relevante assumir que, o desenvolvimento do tema dos direitos humanos em dado lugar está associado com o progresso cultural e humanista de uma sociedade. Portanto, ao se refletir acerca das violações dos direitos humanos, a dificuldade de sua implementação, a falta do reconhecimento como um valor social e mecanismo político de inclusão, o qual se traduz e se articula a modos coletivos de comportamentos, de

condutas e de reflexão, torna-se imprescindível, reconhecer o tema dentro de um recorte mais amplo, como fator cultural. Logo, a otimização da experiência dos direitos humanos está diretamente vinculada com os aportes culturais de dada sociedade na construção da sua identidade e no reconhecimento de direitos. Historicamente a abordagem dos direitos humanos se revela em oscilações de incidência, seja no espaço da governabilidade, seja no quotidiano expressa em comportamentos e manifestações, ora acenando para a sua tutela, ora renegando-a.

Desta forma, para se falar em cultura dos direitos humanos é necessário compreender que, requer uma análise a partir do tempo, fontes de estímulo, uso de instrumentos para o alcance de novos entendimentos e maturidade do seu conteúdo o que varia em espaços e alcances. Assim, assinalamos que a cultura dos direitos humanos para ser modificada ou alterada, a partir de um viés internacional como programa universal para todos, necessita de estímulos, principalmente o normativo e institucional. O papel normativo, sobretudo dos tratados e convenções internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos, em especial atenção à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) de 1969, popularmente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica além dos seus aspectos jurídicos importantes e necessários que delimita um campo regionalizado, compreende o reconhecimento de direitos, com um conteúdo inserto em discussões que envolvem a filosofia, a economia, a política internacional. Trata-se de uma convenção internacional dos direitos humanos de âmbito regional da OEA, que tutela e normativa, direitos e garantias individuais e sociais (art. 26) da pessoa humana, bem como dispõe de uma estrutura orgânica organizada em procedimentos, para a responder as violações de direitos humanos, em destaque para o papel que assume a jurisdição internacional, expresso na Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 52) e na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art. 34). Considerando que a doutrina de Antônio Cassese na obra - *I Diritti umani oggi* - (2009, p. 112) destaca que as dificuldades da implementação da cultura dos direitos humanos na sociedade, reside principalmente na ausência do reconhecimento efetivo pelo Estado e pela sociedade civil de ambientes, munidos de instrumentos que fomentam a alteridade, com a finalidade da propagação e a promoção dos direitos humanos, destacamos que a estrutura orgânica instituída simboliza institucionalmente uma mudança histórica de perfil e função internacional. Desenvolvido nos últimos anos como mecanismo de contribuição da agenda do combate às violações dos direitos humanos e reprodutor do sentido e alcance normativo da CADH, portanto, estamos diante de um possível espaço para o desenvolvimento e aprimoramento da cultura dos direitos humanos na instituição e como processo recomendatório e de implementação para os Estados. Há de se considerar o seu papel para o direito internacional dos direitos humanos, o qual recai principalmente, nos efeitos das suas decisões, recomendações, opiniões consultivas, proposições normativas para os Estados, para a sociedade civil e para as relações internacionais. Isso

se potencializa, no crescente número de contenciosos submetidos à sua avaliação e na consequente inovação e desenvolvimento no trato do conteúdo dos direitos humanos. Também se verifica a importância relegada à publicidade dos casos a ela submetidos e julgados, que fomenta o aspecto político da jurisdição e a repercussão na proteção à diversidade e à tutela dos vulneráveis (PIOVESAN, 2017, p. 1356).

Como recorte material de análise no cenário supracitado, destacamos as diretrizes da CADH acerca dos direitos humanos das crianças. O reconhecimento das crianças (meninas e meninos) como sujeitos de direitos e tutela no plano internacional, decorre da característica da vulnerabilidade como menor, dado o caráter etário e ainda não apto, no quesito do desenvolvimento cognitivo e da autonomia para regência de sua vida e tomada das decisões, dependentes diretamente da responsabilidade dos pais ou representantes, e quando a situação transcende o núcleo familiar, dependentes da intervenção de órgãos estatais. Nesse sentido, foi desenvolvido o princípio e o direito subjetivo do (superior/melhor) interesse da criança, muitas vezes vítima de vulnerabilidade em situações familiares e muitas delas transnacionais. Vale mencionar que o seu uso está condicionado com a exposição de critérios e finalidades tidas como as melhores para a criança em dada situação concreta, pois a generalização e sua aplicação em âmbitos materiais distintos nos leva a entendimentos nem sempre a favor do melhor interesse. A CADH dispõe sobre os direitos da criança, individualmente considerada, no seu artigo 19 (Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado). Trata-se da alusão às medidas de proteção, como um conjunto de regras e comportamentos que garantem a expressão dos direitos humanos das crianças, que se constitui como estrutura normativa internacional que busca defini-las em situações específicas. Consequentemente a ratificação da tutela compartilhada entre a família, sociedade e Estado, sobretudo estatal, no plano internacional, quando no descumprimento do seu dever de proteção e promoção de direitos. Para análise do seu conteúdo na *praxis*, destacaremos casos e pareceres em opinião consultiva da Corte IDH.

1.1 CASO ATALA RIFFO E CRIANÇAS C. CHILE

Em se tratando de violação dos direitos humanos das crianças e o uso do princípio do (melhor/superior) interesse da criança, destacamos o caso Atala Riffo e crianças *vs* Chile de 2012¹²⁰¹ e seu tratamento jurisprudencial. O caso se origina do questionamento do pai acerca do consentido exercício de guarda e custódia da mãe em face de três filhos, crianças, tendo em vista que ocorreu uma alteração da residência e domicílio da mãe juntamente com a sua nova companheira sentimental, outra mulher, Emma Ra-

1201 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo e crianças c. Chile*, Mérito, Reparaciones e Custas, 2 de fevereiro de 2012, Série C N.º 239, § 38.

món. A demanda solicitada pelo ex-marido visava a obtenção da guarda e custódia das crianças, argumentando que (o desenvolvimento físico e emocional das crianças estaria em sério perigo, se continuasse sob os cuidados da mãe, devido a sua nova opção sexual, acrescida a uma convivência lésbica com outra mulher). A Suprema Corte Chilena acolheu os argumentos do pai com o fundamento no princípio do superior interesse da criança, concedendo-lhe a guarda e custódia das crianças¹²⁰².

Em contrapartida, em sede internacional e regional se pronunciou a Corte IDH, que a decisão dos juízes chilenos violou direitos humanos previstos na CIDH, tanto da mãe, quanto das crianças, e assim pontuou¹²⁰³:

Al ser, em abstrato, el interés superior del niño um fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, em concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de um derecho protegido como el poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona.

Verificamos que a decisão da Corte IDH, sinalizou duas questões importantes: o uso do princípio do superior interesse da criança deve ser motivado e consubstanciado nas circunstâncias do caso concreto, a considerar aspectos como a afetividade e a segurança, como essenciais para o desenvolvimento das crianças, não estando tal uso do princípio à mercê da discricionariedade administrativa ou judiciária para a decisão que dele se fundamenta (GARCÍA-LOZANO, 2016, p. 142). Nesse sentido, em se tratando da fundamentação judicial que utiliza para análise, inclusive dos aspectos psicossociais da criança, oriundos de pareceres especializados de psicólogos e assistentes sociais, o uso da lógica deve ser afastada para detectar a afetividade, a dinâmica da convivência, as rotinas da criança e sua relação com familiares. Assim, cabe notar que tais elementos são fundamentais para avaliação e estipulação de critérios no manejo, alcance e materialização do superior interesse da criança, reduzindo-o no campo daquela situação com aquelas circunstâncias. Outro ponto a ser observado da decisão reside que se explana a diversidade de soluções que envolvem a aplicação do princípio do superior/melhor interesse da criança, haja vista seu conteúdo aberto em todas as possibilidades afetivas no núcleo familiar que envolvem as crianças. Visto isso, a Corte IDH declarou que o Estado Chileno violou o direito à igualdade e à não discriminação, presente no art. 24, em relação ao art. 1.1 da CADH, o direito à vida privada, retratado no art. 11.2 e 17.1, em relação ao art. 1.1, em detrimento de Karen Atala e das crianças M. V. e R. Acerca destas últimas, também concluiu-se que o Estado Chileno violou o art. 19 da Convenção, uma vez que as separou injustificadamente de seu ambiente familiar. Neste ponto,

1202 O texto transcrito se encontra no parágrafo 31 da sentença citada. Não é um argumento estranho nos tribunais espanhóis, pois foi igualmente defendido pelo Juiz Fernando Fermin Calamita, cuja parte substantiva pode ler-se na sentença do Tribunal Supremo 1243/2009, de 30 de outubro de 2009, em que condena o Juiz indicado por delito de prevaricação judicial.

1203 ver parágrafo 110 da sentença Atala.

é importante ressaltar quais são as considerações da Corte acerca da forma como a opinião das crianças deve ser levada em conta. Nesse mesmo sentido, a Corte Europeia se pronunciou em *Oliari and others v. Italy* determinando que “qualquer medida negando a casais de mesmo gênero benefícios existentes para casais de gêneros opostos casados [...] deve ser tratada presumidamente como uma forma de discriminação indireta em razão de orientação sexual.” (CTEDH, 2015, §142, tradução nossa).

Logo, a solução em apreço foi fundada no princípio do superior interesse da criança em questão, mas se colocarmos a suposição do mesmo caso, numa sociedade fechada e conservadora que estigmatizaria as crianças afetando o seu desenvolvimento físico e emocional devemos manter a mesma solução? A resposta é negativa, pois discriminaria a mãe em razão da sua orientação sexual (GARCÍA-LOZANO, 2016, p. 143). Assim, a decisão nos traz diferentes reflexões entorno do conceito de família abordado, dos limites de uso do melhor interesse e o despertar para o aprofundamento de temas que são historicamente construídos e desconstruídos.

1.2 OPINIÃO CONSULTIVA Nº 21/2014 DA CORTE IDH

Também se valendo da orientação do princípio do superior interesse da criança, destacamos o conteúdo da Opinião Consultiva nº 21/2014 da Corte IDH¹²⁰⁴, solicitada pelo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai a fim de determinar quais são as obrigações dos Estados com relação às medidas passíveis de serem adotadas a respeito de meninos e meninas, associadas à sua condição migratória, ou à de seus pais, à luz da interpretação autorizada dos artigos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.2.8, 25 e 29 da CADH e dos artigos 1, 6, 8, 25 e 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e do artigo 13 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. A Opinião Consultiva citada teve por base a doutrina da proteção integral, a qual busca garantir o reconhecimento dos direitos fundamentais a todas as crianças e adolescentes, bem como seus direitos especiais decorrentes da condição de pessoas em desenvolvimento e de sujeito de direitos que lhe são inerentes, independente da nacionalidade (HERERA-FLORES, 2009, p. 88). Ressaltou a necessidade estatal do uso do princípio do superior interesse da criança, para uso específico e sob maior proteção da vulnerabilidade de crianças estrangeiras, que necessitam de proteção dentro de suas jurisdições, na garantia da segurança e da privacidade, no adequado e individualizado tratamento a ser concedido das mais diversas vertentes fundamentais para o seu desenvolvimento.

Dentre alguns destaques, a Corte IDH assinalou que os Estados não podem recorrer à privação de liberdade de crianças e adolescentes para garantir os fins de um processo migratório, tampouco podem fundamentar tal medida no descumprimento dos

1204 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos e garantías de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*, Opinião Consultiva OC-21/14, 19 agosto de 2014, §38.

requisitos para ingressar e permanecer em um país. Os espaços de alojamento devem respeitar o princípio de separação e o direito à unidade familiar, de tal modo que, no caso de crianças desacompanhadas ou separadas, devem alojar-se em locais distintos aos dos adultos e, no caso de crianças acompanhadas, devem alojar-se com seus familiares, exceto se for mais conveniente a separação, em aplicação da análise das circunstâncias e elementos do casuístico sob o manto do princípio do interesse superior da criança. Consequentemente, recomendou-se a proibição em devolver, expulsar, deportar, retornar, rechaçar na fronteira ou não admitir, ou de qualquer maneira, transferir ou remover uma criança a um Estado quando sua vida, segurança e/ou liberdade estejam em risco de violação por causa de perseguição ou ameaça, entre outros. De acordo com o estabelecido na CADH sobre os Direitos da Criança e outras normas de proteção dos direitos humanos, qualquer decisão sobre a devolução de uma criança ao país de origem ou a um terceiro país seguro, apenas poderá basear-se nos requerimentos de seu interesse superior. Nota-se que a vulnerabilidade nesse cenário alcança perspectivas mais amplas, o que direciona a identificação de um perfil e as bases que se constroem a tutela do superior interesse da criança.

Nesse sentido, entendemos que nos cenários mencionados a jurisdição internacional da Corte IDH, em se tratando de das violações dos direitos humanos das crianças, pautadas no princípio superior interesse da criança, têm manifestado a necessidade da análise efetiva das circunstâncias do caso concreto para o aplicativo do superior interesse, no processo do desenvolvimento educacional, físico, emocional, psicológico e afetivo da criança. Sobretudo, relega ao Estado às escolhas da produção normativa e do diagnóstico das políticas públicas aplicáveis ao grupo em questão sob a ótica do superior interesse. Há de se considerar que o desenho do princípio em apreço corresponde a uma perspectiva universal e internacional de proteção do público infantil e juvenil, que deve ser a primeira orientação dos órgãos estatais quando confrontados a agir, num processo aplicativo de qual das interpretações normativas protege ou beneficia em maior medida as crianças. Por tais motivos, entendemos imprescindível analisar a disponibilidade do princípio do superior interesse da criança, modelos de interpretação, caracterização e critérios aplicáveis a fim de não negar a sua razão de ser e ratificar o ponto de vista normativo e como projeto internacional a ser aperfeiçoado e qualificado com o debate.

Nos nossos tribunais (STF e STJ) vasta é a jurisprudência que utiliza os parâmetros do princípio do superior interesse da criança como fundamento das decisões (alimentos, subtração internacional, reconhecimento de paternidade, paternidade socioafetiva, licença adotante, disputa de guarda, crimes infantis sexuais, dentre outros)¹²⁰⁵, razão da importância delimitativa da questão a partir da orientação internacional.

1205 Nesse sentido a jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/dca.pdf>. Acesso em: 20 mar. De 2020.

2. NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA: ALGUMAS DELIMITAÇÕES

Consideramos que um dos fundamentos dos direitos das crianças, utilizado por vias de medidas de proteção, perpassa e se expressa normativamente pelo Princípio do Superior Interesse da Criança. Constituído por características como a flexibilidade e a abertura, a fim de atender os diversos e multifacetados aspectos fáticos da vulnerabilidade do menor, a jurisprudência¹²⁰⁶ vem classificando este princípio como o cânone das Convenções que tratam dos direitos das crianças, de modo que suas regras devem ser lidas à luz do interesse da criança *in concreto*, ressaltando o compromisso desta orientação hermenêutica, compartilhada entre a família, a sociedade e os órgãos dos Estados Contratantes, que devem angariar os melhores esforços para atingi-la.

A origem deste princípio se encontra no instituto “*parens patriae*”, utilizado na Inglaterra, no século XIV, como sendo uma prerrogativa do Rei e da Coroa, a fim de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria (SILVA, 2006. p. 878). O reconhecimento do princípio do superior interesse da criança como fundamento ou princípio básico dos direitos das crianças, e por ora, das medidas de proteção revela que a disposição normativa, no processo de aplicação e interpretação, deve considerar, primordialmente, o bem-estar da criança como elemento fundamental e prioritário. Ou seja, o que beneficia na maior medida o interesse da criança em detrimento de qualquer outro interesse. Para tanto, pondera-se a dimensão mais ampla e material, que o legislador convencional e internacional quis instituir dentro do conjunto normativo dos direitos humanos, como prevalência a construção da identidade da criança no núcleo familiar, desenvolvimento, cuidado, proteção, afeto, segurança, direitos à saúde e à educação, dentre outros.

Dentre as convenções internacionais que tutelam a criança no plano internacional especificamente, destacamos a Convenção da ONU sobre os direitos da criança de 1989, Convenção da Haia sobre aspectos civis do sequestro internacional de crianças de 1980, a Convenção da Haia sobre adoção internacional de 1993, a Convenção da ONU sobre alimentos de 1957, onde é necessário considerar as perspectivas doutrinárias apontadas sobre o princípio do superior interesse da criança em conjugação com o dizer da CADH, as quais direcionam o seu significado para dois nortes: as Convenções não o conceitua, portanto, ratifica-se a ideia de um enunciado normativo aberto, tido como conceito jurídico indeterminado neste âmbito; e, como segundo norte, as Convenções, no uso das medidas de proteção das crianças em temas específicos, que

1206 Neste sentido a jurisprudência norte-americana: *Walsh v. Walsh*, 221 F.3d 204 (1st Cir. 2000); *Whallon v. Lynn*, 230 F.3d 450 (1st Cir. 2000); *Blondin v. DuBois*, 189 F.3d 240 (2d Cir. 1999); *Nunez-Escuder v. Tice-Menley*, 58 F.3d 374 (8th Cir. 1995); *Rodriguez v. Rodriguez*, 33 F. Supp. 2d 456 (D. Md. 1999); *In re Prevot*, 855 F. Supp. 915 (W.D. Tenn. 1994); *Turner v. Frowein*, 253 Conn. 312, 752 A.2d 955 (2000); *Dalmasso v. Dalamasso*, 9 P.3d 551 (Kan. 2000); *Janakakis-Kostun v. Janakakis*, 6 S.W.3d 843 (Ky. Ct. App. 1999). Disponível em: <<http://lawfirminternational.com/documents>> Acesso em: 20 dez 2019.

protegem a sua vulnerabilidade diretamente, dispõe de presunções normativas acerca do que se entende por interesse da criança para os seus aplicativos. Nota-se que isso nos revela que é mais importante a termos para a finalidade e a representatividade do princípio do superior da criança nos diversos âmbitos do que sua delimitação, e isso porque seu alcance não merece fronteiras. Trata-se de uma abordagem de extrema relevância, eis que a perspectiva de buscar a finalidade do melhor interesse no caso concreto restringe a discricionariedade das autoridades e órgãos públicos no trato da aplicação e interpretação normativa. Portanto, há uma preocupação convencional de orientação para o processo de interpretação e aplicação do seu *corpus internacional iuris*.

A corrente minoritária conceitua o princípio do interesse da criança no quadro convencional como um conceito jurídico indeterminado,¹²⁰⁷ tendo como principal fundamento a ideia de que este princípio é utilizado para referenciar decisões da tutela da criança, como os casos de adoção internacional, subtração internacional, cobrança de alimentos no plano internacional, relegado à análise do caso a caso (ÁVILA, 2003, p. 30).

Nota-se que a característica aberta e principiológica no plano internacional deve ser conduzida pelos órgãos internos dos Estados com muito rigor, a fim de não desviar o escopo fundamental voltado ao bem estar da criança e a promoção dos direitos humanos da criança. Busca-se afastar a dimensão do princípio do interesse da criança através da equiparação. Ou seja, de modo que a ideia dada pelo direito interno de cada Estado Contratante exteriorize o seu sentido para o regramento do direito internacional, sob a justificativa de que ambas são categorias genéricas, e por sua vez buscam os mesmos propósitos e objetivos. Este entendimento se apoia na categorização histórica do direito, principalmente nas raízes dos sistemas de *common law* e *civil law* que influenciaram a formação jurídica¹²⁰⁸ (MATTEI, 1997, p. 3). Logo, tal adesão à equiparação, não se mostra sustentável com a busca da uniformidade normativa internacional aplicativa, como elementos de redução das fronteiras jurídicas entre os Estados.

Noutra perspectiva hermenêutica, a orientação disposta pelas Convenções de Viena sobre Tratados, especificamente nos seus artigos 31 a 33, que delimita como regra geral de todo tratado uma interpretação a partir do seu contexto e finalidade, ou seja,

1207 A distinção entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superados ou derogados em função dos outros princípios colidentes..

1208 Nesse sentido: “Quando si affrontano temi di antropologia giuridica è altrettanto vero che i sistemi che si studiano non corrispondono a degli Stati in senso moderno. Da questo punto de vista per famiglie giuridiche si intende l'insieme di sistemi profondamente legati da strutture giuridiche comuni e della loro storia. Un tipico esempio possono essere la famiglia di civil law (o diritto di origine romanista) e quella di common law, derivata dal diritto inglese”. “Quando se afronta temas de antropologia jurídica é igualmente considerado que os sistemas que se estudam não correspondem aqueles do Estado em sentido moderno. Desse ponto de vista se entende por família jurídica a correspondência entre sistemas ligados por uma estrutura jurídica comum, inclusive da sua história. Um típico exemplo da família civil law (direito de origem romana) e aquele do common law, derivado do direito inglês”. Tradução nossa.

“deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade.” Nesse sentido, a partir dessa regra interpretativa, o tratamento aferido de natureza convencional pode ser operacionalizável a partir dos cânones fornecidos pelo próprio conjunto normativo ao qual se encontra inserido, tendo por referência a vinculação aos seus fundamentos, objetivos e princípios gerais, como o direito internacional dos direitos humanos inserido na CADH. Também há de se acrescentar os trabalhos preparatórios, as manifestações judiciais emanadas dos diferentes países e os trabalhos das Comissões de Revisão de Operação da Convenção.

Já na perspectiva comparada, ocorre do confronto entre finalidades similares do princípio do interesse da criança, também abordado e tutelado por outros diplomas legislativos internacionais. Incluindo-se aí não somente o exame de outros tratados sobre o tema, mas também o uso dos princípios gerais do direito internacional, da doutrina¹²⁰⁹ e da jurisprudência.¹²¹⁰ A averiguação comparada entre as citadas fontes jurídicas, para além do ambiente convencional no qual se encontra inserido, deve ser tratada com cautela pelo operador do Direito, pois os escopos convencionais diferem entre os diplomas legislativos.

De qualquer forma, a análise se socorre do caso a caso, o qual irá determinar os limites e as possibilidades do seu uso, especialmente nas prováveis vinculações entre as normas comparadas. Contudo, vale atentar para a análise do escopo, doutrina e jurisprudência a respeito de outras convenções constituiria, por vezes insuficiente. Do ponto de vista da segurança jurídica e da previsibilidade de soluções, a uniformidade da interpretação interconvencional pode ser, assim, importante busca para o esclarecimento de pontos não tratados ou não decididos, especialmente para convenções mais recentes (OLIVEIRA, 2014, p. 165). Com efeito, na medida em que se utiliza o direito comparado como recurso auxiliar, deve-se atentar, especialmente, para a semelhança das finalidades entre as normas, relativo à *ratio conventionis*, sob pena de perpetuar uma leitura dissociada e distorcida do enunciado aberto comparado, obstaculizando o resultado almejado.

Na hipótese, o princípio do superior interesse da criança vem ganhando espaço desde o século XIX, mediante necessidade de proteção à criança no plano internacional. Nesse sentido, como exemplo, a Convenção de Genebra de 1924, a Declaração Uni-

1209 “(...) interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law ... Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation”. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), ICJ Reports, 1971, p. 31.

1210 “All treaty provisions receive their force and validity from general law, and set up rights and obligations that exist alongside rights and obligations established by other treaty provisions and rules of customary international law. None of such rights or obligations has any intrinsic priority against the others. The question of their relationship can only be approached through a process of reasoning that makes them appear as parts of some coherent and meaningful whole.” KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission*, A/CN.4/L.682, 2010, p. 208.

versal dos Direitos Humanos de 1948, a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989, no seu artigo 3º¹²¹¹ internalizada no Brasil pelo Decreto nº 99.710/90, a Convenção Europeia de Direitos Humanos com previsão no seu artigo 8º, para além da Convenção Americana de Direitos Humanos.

De outra banda, ultrapassando a corrente minoritária, em que classifica o princípio do interesse da criança como conceito jurídico indeterminado, “não existe uma orientação uniforme, nem mesmo fatores determinantes que venham a ser o melhor interesse” (PEREIRA, 2009, p. 2), reitera-se, a título de contraponto, a corrente majoritária,¹²¹² a qual evidencia que a própria Convenção em análise orienta o que se deve entender por superior interesse da criança para os seus fins, mesmo que apontada como um *a priori* no plano de interpretação e aplicação. Da leitura das normas dispostas na CADH, entende-se como premissa que o princípio do superior interesse da criança caminha ao lado do seu objetivo geral, concernente ao atendimento da defesa e promoção dos direitos humanos das crianças. Tal orientação consagra a máxima material do conteúdo convencional¹²¹³.

Por outro lado, a noção do interesse da criança em *sentido lato* está estritamente vinculada com os aspectos afetivos que envolvem questão, razão da primazia de zelo às crianças, vulneráveis nessas relações conjugais internacionais, que decorrem do moderno fenômeno da dispersão internacional (DOLINGER, 2003, p. 343). O quadro factual tutelado enfatiza a preocupação da dogmática internacional em atenuar os efeitos deletérios que o ato ilícito possa causar na integração familiar e social da criança. Logo, diante de um cenário recorrente, do sequestro parental por exemplo, o amparo à criança no plano internacional é medida que se impõe. O princípio vem sendo desenvolvido em teoria,¹²¹⁴ mediante o uso das ideias que envolvem um estudo

1211 O preâmbulo da Convenção da ONU de 1989 apontou que as disposições da Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar da criança, com especial referência à adoção e à colocação em lares de adoção em âmbito nacional e internacional – Resolução da Assembleia Geral 41/85, de 3 de dezembro de 1986, as Regras Padrão-Mínimas para a Administração da Justiça Juvenil das Nações Unidas e a Declaração sobre a Proteção da Mulher e da Criança em situação de conflito armado.

1212 Nesse sentido: BEAUMONT, Paul R.; MCELEAVY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 86-87; PAIS, Marta Santos. *Enfants Deplaces: Comment garantir leur droit à une vie de famille. Documentação e Direito Comparado*. Lisboa, nº 65-66, p. 79-81, jun. 1996; GONZÁLEZ, Beilfuss Cristina. La aplicación del convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores en la República Argentina: A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 14 de junio de 1995. *Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid, v. XLVII, nº 2, p. 526-7, fev. 1995.

1213 Opinião dissipada pela doutrina: LUNA, Álvaro Lecompte. *Esquema de Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Editorial Temis, 1979. p. 249; VALLADÃO, Haroldo. *Estudos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1947. p. 177-90; VISSCHER, Charles de. *Teorías y realidades en Derecho Internacional Público*. Traduzido por Pablo Sancha Riera. Barcelona: Bosch, 1962. p. 118; MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1935. p. 287.

1214 “The best interest of the child ou princípio do melhor interesse da criança, deve ser regularizado nas verdadeiras necessidades da criança envolvida. O bem-estar da criança deverá ser garantido, deixando qualquer interesse relativo aos pais para o segundo plano. Ou seja, o interesse da criança deverá se sobrepor ao de seus pais”. BARROSO, Luis Roberto. Princípio do melhor interesse da criança. Disponível em: <www.congressovirtualmpj.org.br/uploads/condicoes.doc> Acesso: 19 out. 2016. Já Stella M. Biocca conceitua o melhor interesse da criança “como um conjunto de bens necessários ao desenvolvimento integral e a proteção da criança em um determinado momento, em certa circunstância, considerado o seu caso particular”. STELLA, M. Biocca. *Derecho Internacional*

conjugado entre os laços emocionais, familiares, ambientais, educacionais, escolares e formativos da criança.

Portanto, ainda que se possa atribuir diferentes naturezas para o princípio em análise, seja ele dogmático-jurídico, seja ele sociológico, o estudo se coaduna com a perspectiva de que, para os fins convencionais, é possível assentar premissas mediante apreensão da finalidade e dos objetivos convencionais. A leitura do princípio do superior interesse da criança segue o(s) objetivo(s) geral(is) da convenção em análise de aplicabilidade, em que no caso da CADH consistente na promoção dos direitos humanos e da busca pela igualdade e reconhecimento de direitos. Considera-se que a premissa aferida serve como um primeiro parâmetro de leitura dos mecanismos de proteção.

3. A subtração internacional e o rompimento do convívio familiar: um modelo de orientação convencional do princípio do superior interesse da criança

Avaliaremos o modelo aplicativo de casos de subtração internacional de crianças e o que nos diz a convenção que tutela a situação ilegal acerca do superior interesse da criança. A globalização como um processo de progressivo aprofundamento da integração entre as várias partes do mundo, especialmente nos campos político, econômico, social e cultural, com vistas a formar um espaço internacional comum, dentro do qual bens, serviços e pessoas circulem de maneira mais desimpedida possível sempre estimulou o aproximação das relações (PORTELA, 2011, p. 44). Isso acentuou a união mista entre pessoas de diferentes nacionalidades. Da mesma forma que se verificou essa crescente, em paralelo, a separação de casais nas condições indicadas, com crianças (filhos) também ocorreu significativamente:

O fenômeno mais dramático da separação de casais de nacionalidades diversas é o aumento de casos em que um dos pais retira a criança do país de sua residência habitual sem a permissão do outro. É uma situação típica da vida moderna, onde a mobilidade do indivíduo resulta em inúmeros casamentos internacionais, ou em crianças advindas de relacionamentos fortuitos, em que a família não se estruturou legalmente. O alto índice de divórcios na atualidade é fator complicador dessa situação (ARAÚJO, 2006. p. 499).

A ruptura da união familiar transnacional com a presença de crianças, recorrentemente se dá com o afastamento da criança do convívio de um genitor(a) que detenha o exercício efetivo do direito de guarda, ocasionada pela prática do sequestro parental ou subtração em âmbito internacional. O fator “internacional” advém, na maioria dos casos, de relacionamentos afetivos formado por pessoas de nacionalidades diversas, que

Privado: Un Nuevo Enfoque. Buenos Aires: Lajoune, 2004. tomo I, p. 76. Importante destacar que “o referido princípio não pode ser considerado como um fim em si, mas como um instrumento operacional, cuja utilização é conferida ao juiz. Para que se possa entender o princípio e a sua aplicação, o juiz deverá considerar uma série de fatores: o amor e os laços afetivos entre o pai e a criança; habitualidade do pai dar à criança amor e orientação; o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos; a habitualidade do guardião de encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro pai. Tais considerações, essencialmente subjetivas, são indicadores que conduzem o juiz à descoberta do que lhe parece ser o melhor interesse do menor em cada caso concreto.” FA-CHIN, Luiz Edson. *Da paternidade – Relação Biológica e Afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 98.

após o término conjugal retornam para o seu país de origem junto aos seus familiares, removendo por conta própria seu(s) filho(s) à revelia do consentimento do outro genitor(a). No âmbito jurídico, o objeto factual encontra respaldo na Convenção sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 3.413/2000, a qual possui como disciplina específica a regulamentação do ato de sequestro internacional de crianças.

Trata-se de um instrumento considerado como uma das possíveis medidas de proteção das crianças, a fim de restituir *status quo ante* do ambiente familiar e na determinação legal e legítima do exercício dos direitos de guarda e visita. Busca-se inibir os efeitos prejudiciais suportados pela criança, relativos à mudança da sua residência habitual para país diverso. Nesse sentido, o “sequestro” se caracteriza para fins da Convenção pela conduta de retenção ou transferência de uma criança para outro Estado, realizada geralmente por um genitor(a), sem o consentimento do outro (ZAMARIOLA JÚNIOR, 2010, p. 07-09)

A regulamentação trazida pela Convenção é formada por um conjunto normativo de ordem processual, conflitual e substantivo com efeitos unicamente civis. Isso porque, apesar de o termo “sequestro”¹²¹⁵, (nos países de língua inglesa, o termo empregado é abdução (*abduction*), já nos países francófonos, a expressão utilizada cinge-se em retirada ou remoção (*enlèvement*)), a tradução para o português remete ao ramo penal, passível de sanção, em razão da conduta de remoção de criança visando fins materiais, o próprio documento convencional se preocupou em estabelecer e delimitar os limites no seu título, visando reparar estritamente os aspectos civis da conduta ilícita praticada:

A natureza da Convenção não é a de lei aplicável ou de reconhecimento de decisões, mas, basicamente, de cooperação. Apesar de denominar “sequestro”, na verdade a Convenção trata dos chamados aspectos civis da questão. A Convenção tem como objetivo mediato proteger os interesses da criança e evitar sequestros internacionais de crianças. Além disso, busca garantir o retorno imediato da criança ao país de onde foi deslocada ou retirada ilegalmente. No entanto, existem duas condições para a aplicação da Convenção: a criança deve ter até 16 anos e, antes da remoção ilegal, a criança deve ter residido habitualmente num Estado ratificante da Convenção (TIBURCIO, 2019, p. 245)

Contudo, isso não impede que a legislação interna de cada país a trate para fins de repressão penal, imputando ao genitor(a) que praticou a conduta à sanção cabível, como exemplo da Alemanha, Argentina e Estados Unidos. Além disso, a Convenção se aplica somente no caso de retenção ou transferência de crianças através de uma fronteira internacional. A característica de internacionalidade resulta do seu próprio texto, na combinação dos artigos 1º, “a”, e 4º, restringindo a aplicabilidade somente em territórios dos Estados Contratantes.

1215 .

La protezione dei minori si complica laddove la sottrazione internazionale coinvolga un paese non aderente alla Conv. Aja 1980. È il caso, ad esempio, delle unioni in cui uno dei partner sia cittadino di un paese islamico. I paesi islamici, in linea di massima, non hanno aderito alla Conv. Aja 1980 a motivo del fatto che gli elementi fondanti lo strumento internazionale in parola si pongono in contrasto con principi coranici e con la Shari'a. Secondo quanto stabilito nella legge sacra, infatti, solo al padre spetta la potestà sulla prole, potestà che peraltro si caratterizza per poteri ben più pregnanti rispetto a quelli previsti nei sistemi occidentali, mentre alla madre è riconosciuto il diritto di curare, rispettando le linee educative impartite dal padre. (MARZO, 2009. p. 60)

Da leitura da Convenção, percebe-se que ela traz conceitos e classificações dogmáticas próprias, como, por exemplo, retenção e transferência ilícita, residência habitual, interesse da criança, os quais, uma vez compreendidos, contribuem para o processo de interpretação e aplicabilidade das demais regras, bem como para a exteriorização do sentido proposto ao universo jurídico. O princípio do superior interesse da criança está inserido no preâmbulo do texto convencional, e para tanto, importante destacar os dois objetivos iniciais: O seu artigo 1º, “a”, dispõe que o objetivo convencional cinge-se no retorno imediato da criança ilicitamente retida ou transferida para o Estado de residência habitual, consolidando a persecução do *status quo ante*, da situação ilícita. Ainda, o artigo 1º, “b”, pontua que se objetiva *“fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.”*

Esses objetivos, previstos de modo explícito no artigo 1º da Convenção, não excluem a presença de outros não ali dispostos, conforme se extrai da redação final do seu artigo 7º, que é enfática ao inserir a existência de demais objetivos convencionais. Isso significa apontar que o texto como um todo dispõe de outras objetivações esparsas no seu conjunto normativo, para além do retorno imediato da criança e a observância do direito de guarda e visita pelos Estados Contratantes, que também devem ser considerados para aplicação da Convenção, como os artigos 12, 13 e 16, que excepcionam a ordem de retorno comprovado o superior interesse da criança e os critérios normativos estabelecidos.

Portanto, a partir da pontuação acerca dos fundamentos e objetivos convencionais, parte-se da premissa de que ambos devem ser lidos de forma conjugada, pois considerá-los individuais e autônomos no contexto da Convenção seria afastar os propósitos deste instrumento. Esse ponto de vista também se encontra amparado na jurisprudência nacional¹²¹⁶ de subtração internacional, que recorre ao mesmo argumento para direcionar o processo decisório diante das duas possibilidades apresentadas pela Convenção da Haia de 1980. Logo, se presume que existe uma linha tênue (ARAÚJO; VARGAS, 2014, p. 87) entre a materialização das regras que condicionam tanto

1216 Nessa ótica a jurisprudência nacional: TRF5, *DJe* 13 nov. 2009, AC 477192/PE, Rel. Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima e TRF5, *DJe* 11 fev. 2010, AC 478767/CE, Rel. Juiz Federal Convocado Frederico Pinto de Azevedo. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

possibilidade de recusa, quanto a de retorno da criança ao Estado de origem do ato de subtração internacional, em que a pauta ao julgador cinge-se em averiguar a situação de maior vulnerabilidade da criança, especificamente, no uso do princípio do superior interesse da criança. Nesse aspecto, na situação abordada de subtração internacional, a dogmática jurídica aparece como instrumento de restabelecimento do bem estar da criança frente à situação de instabilidade causada, bem como com o afastamento do juiz natural para materializar o direito de ambos os pais decidirem o país de residência habitual da criança.

Se a primordial preocupação é o bem-estar da criança, em muitos casos de sequestro deveríamos deixar a criança onde se encontra, desde que constatado que ela está bem com o genitor sequestrador, no novo local e ambiente que se encontrou agora. Mas, diversa seria a solução se devêssemos observar com rigor o cumprimento do que ficou judicialmente decidido na jurisdição em que a criança tinha sua residência habitual, não compactuando com fraudes à lei e desrespeitos a determinações judiciais, pois, se estas não forem respeitadas, estaremos permitindo em última análise, que as crianças se tornem joguetes na guerra pós-separação dos pais, provocada por frustrações, amargura e ímpetos vingativos (COSTA, 1998, p. 539-540). Desta forma, no caso da medida de proteção que tutela os direitos de guarda e visita no ato de subtração internacional, a preocupação é diminuída quando adstrita aos objetivos normativos da Convenção da Haia de 1980 e a aproximação com os direitos humanos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se instigar uma reflexão acerca da tríade direitos humanos, violações e respostas institucionais, tendo como pano de fundo a estrutura normativa da CADH e orgânica da Corte IDH, especificamente nos direitos das crianças. A partir da disposição prevista no art. 19 da CADH, acerca do direito às medidas de proteção da criança, sustentamos que, geralmente, a medida vem motivada pelo fundamento do princípio do superior interesse da criança. Desta forma, demonstramos a imprescindibilidade em considerar critérios aplicativos advindo de proposições convencionais para o seu uso, quando elemento normativo de motivação das decisões que envolvam a tutela da criança no plano internacional. Isso auxilia a minimizar a característica da flexibilidade ínsita ao princípio, na possibilidade de usos subjetivos, discricionários e desvinculados do melhor interesse, de modo dissociado ao interesse mais legítimo da criança no caso concreto. Dada a recorribilidade em diferentes casos e atribuição teórica como fundamento dos direitos das crianças, seu uso deve se coadunar com a linha dos direitos humanos, o corpo normativo da tutela internacional das crianças e objetivos convencionais em questão, frente à situação posta de proteção, preferencialmente da criança. Tal orientação foi fomentada pela jurisdição internacional da Corte IDH no caso *Atala Rizzo* e

filhos vs Chile, bem como na Opinião consultiva nº 21/2014, conforme ponderamos. Trata-se de situações que envolvem vulnerabilidades distintas das crianças envolvidas, mas como fundo da discussão os modos de interpretação e aplicação do princípio do superior interesse da criança.

Da leitura orientativa, utilizamos o uso do princípio em análise da ruptura familiar em casos de subtração internacional de crianças, e como a medida de proteção proposta pela Convenção da Haia de 1980, poderia ser alinhada com o parâmetro normativo dos seus objetivos, qual seja, determinar o retorno imediato da criança ao Estado de residência habitual ou determinar que a criança permaneça no país abductor com a aplicação dos artigos exceções, obviamente dando-lhe o tratamento como exceção normativa. Isso posto, o conflito de interesses, ainda que legítimos estruturarão o desenho institucional de interpretação e aplicação normativa, no entanto, o interesse da criança é prioritário em detrimento de outros.

BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 499.
- ARAÚJO, Nádia; VARGAS, Daniela. Comentário ao REsp. 1.239.777: o dilema entre a pronta devolução e a dilação probatória na Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de menores. *Revista da Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, nº 60, jun. 2014
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 30.
- CASSESE, Antonio. *I diritti umani oggi*. Roma: Editori Laterza, 2009.
- COSTA, José Augusto Fontoura Costa. Breve análise da Convenção Interamericana para Restituição Internacional de Menores. In: CASELLA, Paulo Borba; ARAÚJO, Nádia de (Orgs.). *Integração Jurídica Interamericana – As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 539-540.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Civil Internacional: A Família no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 243.
- GÁRCIA-LOZANO, Soledad T. El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, p. 131-157.
- HERERA-FLORES, Joaquín. *A (Re)invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission*, A/CN.4/L.682, 2010. p. 208.
- MARZO, Giuseppe de. La Convenzione sugli Aspetti Civili della Sottrazione Internazionale di Minore Adottata a l'Aja Il 25 ottobre 1980. In: MARZO, Giuseppe de; SANTI, Sabrina de (Orgs.). *Minori oltre Confine: Sottrazione e Protezione dei Minori nel Diritto Internazionale*. Milano: IPSOA Gruppo Wolters Kluwer, 2009. p. 60.
- MATTEI, Ugo; MONATERI, Pier Giuseppe. *Introduzione Breve al Diritto Comparato*. Padova: CEDAM, 1997
- OLIVEIRA, Renata Fialho. *Interpretação e aplicação de convenções internacionais em matéria substantiva, processual e conflitual*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p. 165.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios / Latin American Human Rights Ius constitutionale comune and the Inter-American Human Rights System: Perspectives and Challenges. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, jun. 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28029/20617>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Editora Juspodivm, 2011. p. 44.

SILVA, Viviane Alves Santos. A adoção internacional sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança. In: BARROSO, Luís Roberto; TIBURCIO, Carmen (Orgs.). *O Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIBURCIO, Carmen. *Convenção de Haia: Sequestro Internacional de Menores*. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.gov.br/portal/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.texto=8792>>. Acesso: 30 ago. 2019.

VICENT, R. J. *Human Rights and international relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 5ª ed. Madrid: Trotta, 2003.

ZAMARIOLA JÚNIOR, Ricardo. Filhos da globalização desafiam fronteiras do direito de família. *Revista Jurídica Consulex*. Ano XIV, nº 329, p. 07-09, out. 2010

42.

A DESCOBERTA DA SEXUALIDADE NO INÍCIO DA ADOLESCÊNCIA: UMA ANÁLISE SOBRE O TRATAMENTO DISPENSADO AOS RELACIONAMENTOS ENTRE ADOLESCENTES PELO PODER JUDICIÁRIO À LUZ DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA BIOÉTICA

Artenira da Silva E Silva

Patrícia Tuma Martins Bertolin

José Augusto Sá Costa Leite

RESUMO: A temática abordada é a do relacionamento afetivo e ou sexual entre adolescentes menores de 14 (quatorze) anos e o enfoque dado pelo Poder Judiciário brasileiro ao fenômeno, levando em conta a autonomia da vontade das partes envolvidas e a previsão normativa de punição do Estupro de Vulnerável. Segue o primeiro questionamento: é possível responsabilizar o adolescente que se relaciona, por meio de sexo consentido, com outro adolescente, menor de 14 (quatorze) anos, à luz do disciplinamento socioeducativo? Almeja-se abordar a temática da autonomia da vontade de adolescentes e seus reflexos bioéticos, articulando-a com a proteção de crianças e adolescentes de toda forma de abuso, violência e exploração sexual, propondo a aplicação da denominada regra de Romeu e Julieta. A metodologia utilizada foi a de dedução, a partir de pesquisa qualitativa, de cunho exploratório, aliada à revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Adolescência. Autonomia. Vontade. Sexo Consentido. Estupro de Vulnerável.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Da proteção da criança e do adolescente; 3. Os conflitos bioéticos e a autonomia da vontade na adolescência; 4. Do ato infracional análogo ao estupro de vulnerável e a Regra de Romeu e Julieta; 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A proteção da pessoa humana nos estágios iniciais da vida, a saber, na infância e na adolescência, demanda ampla participação do Estado, da Sociedade e dos cidadãos como um todo, além de considerar, para fins de qualquer análise de casos concretos de modo mais aprofundado, conhecimentos transdisciplinares sólidos. Isso porque se trata de grupo que apresenta vulnerabilidade significativa, cuja personalidade ainda se encontra em formação e que, por essa razão, os casos concretos requerem esforços transdisciplinares aplicados, a fim de serem assegurados os direitos daqueles reputados pela Constituição Brasileira como prioridades absolutas.

A Constituição em vigor no Brasil abonou essa premência, na medida em que trouxe ao debate uma série de dispositivos por meio dos quais se passava a conceber

esse grupo como titulares da dignidade peculiar aos seres humanos, sugerindo assim uma mudança na abordagem dos casos concretos nesse campo. A tutela da criança e do adolescente deveria se dar por meio da implementação de políticas públicas específicas, que lhes alcançassem enquanto titulares de direitos e não como objetos integrantes de uma determinada família ou comunidade.

Ao lado do bloco de medidas protetivas previstas para a garantia de segurança dessas pessoas ainda em desenvolvimento, há também uma tendência de favorecer a elas o exercício de liberdades, bem como fomentar a sua participação em deliberações que lhes atinjam diretamente, como forma de lhes preservar a autonomia, a ser exercida conforme o grau de discernimento apresentado.

Há que se conciliar, portanto, dois aspectos relevantes, que resultaram do consenso fundamental (CANOTILHO, 2000, p. 1438) extraído da Constituição. De um lado, as normas de salvaguarda infantojuvenil e de outro, aquelas que lhes asseguram o exercício de liberdades compatíveis com o seu grau de amadurecimento, bem como compatíveis com o contexto protetor ou violador de direitos no qual estevirem inseridos.

Ora, desse panorama exsurge o problema científico que este estudo se propõe a enfrentar, a saber: é possível responsabilizar o adolescente que se relaciona, por meio de sexo consentido, com outro adolescente, menor de 14 (quatorze) anos, à luz do disciplinamento socioeducativo? Em outras palavras, busca-se averiguar se a tutela protetiva exercida pela ordem jurídica, no sentido de vedar o abuso, a violência e a exploração sexual de adolescentes autoriza suprimir a autonomia, exercida por meio da prática de relações sexuais consentidas, entre adolescentes menores de 14 (quatorze) anos.

O propósito do presente texto consiste em sugerir, a partir de análise científica embasada em conceitos transdisciplinares, um modelo decisório que, longe de fomentar o abuso, a exploração e a violência sexual contra menores, preserve a autonomia de vontades exibida pelos adolescentes, com a aplicação da chamada regra de Romeu e Julieta, conhecida pelo direito norte americano.

Para alcançar esse desiderato, realizou-se uma investigação de natureza exploratória, por meio da qual se apresenta um novo discurso interpretativo a respeito de um determinado fato ou fenômeno (MINAYO, p. 123, 2013), no caso, a aplicação da regra de Romeu e Julieta para fins de exclusão da responsabilização infracional do adolescente e preservação da autonomia da vontade da ou do adolescente, dentro de um dilema bioético. A abordagem metodológica é dedutiva e também se vale de levantamento bibliográfico, sobretudo, da consulta de livros e de artigos especializados acerca do assunto.

O artigo se estrutura em 03 (três) partes. Compete esclarecer que se elegeu como ponto de partida o exame do tratamento constitucional em matéria de proteção a crian-

ças e adolescentes, especificando o conteúdo e a essência de alguns dos princípios regentes do ramo do direito.

Desde logo, deve-se deixar consignado que o texto toma como parâmetro as definições de criança e de adolescente extraídas da Lei nº 8.069/90, que reputa no primeiro grupo as pessoas com menos de 12 (doze) anos e, no segundo, aquelas entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade.

Em seguida, procurou-se encetar uma exposição panorâmica do fenômeno da crescente autonomia que se vem atribuindo aos adolescentes, no sentido de lhes proporcionar participação em processos de decisão que lhes digam respeito, em especial no âmbito judicial. Na mesma ocasião, procurou-se trazer à lume os possíveis conflitos que tal predisposição institucional poderia gerar em relação à teia protetiva descrita no tópico anterior.

Finalmente, perscrutou-se a compatibilidade da chamada regra de Romeu e Julieta, oriunda do direito norte americano, à realidade brasileira, a qual, se admitida, pressupõe a realização das devidas adaptações e aclimatações. Dessa forma, buscou-se verificar se tal tese poderia ser utilizada como argumento para exclusão da responsabilização por ato infracional análogo ao crime de Estupro de Vulnerável.

Deve-se assinalar que as bases sobre este tipo de ato infracional estão ligadas à doutrina penal que se construiu sobre a temática, que não será objeto de aprofundamento neste trabalho.

Assentado nessas bases, será possível construir o acesso a uma ordem jurídica justa, que se constitui em direito fundamental e se aplica ao sistema de justiça infanto-juvenil. Propõe-se a discussão de uma doutrina que, sem qualquer forma de fomento à violência sexual, preserva a autonomia e, também elimina os efeitos de uma reprimenda, ainda que de finalidade socioeducativa por ato infracional, capaz de gerar marcas permanentes na vida do adolescente responsabilizado e ainda do um nascituro que possa ser originário da referida relação sexual, uma vez que já nasceria sob o estigma de fruto de um estupro.

Frise-se que o estudo encetado nesta oportunidade se afigura relevante e atual, porque aborda a possibilidade de se expandir a teia de proteção jurídica às pessoas, conferindo eficácia à cláusula constitucional de proteção à dignidade humana e ainda considerando que a iniciação sexual entre adolescentes, das mais variadas classes sociais e educacionais, vem se entecipando ao longo do tempo (BEE, 2003). Outrossim, as conclusões alcançadas podem produzir subsídios teóricos que, no futuro, poderão servir ao Poder Judiciário e à própria sociedade.

2. DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

No decurso de um amplo processo de desenvolvimento histórico e cultural, passou-se a reconhecer a vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes, os quais, por essa razão, mereceriam especial atenção, tanto do Estado, quanto da sociedade em geral. Começava-se a presumir que, em razão das circunstâncias etárias, o amadurecimento da personalidade desses indivíduos ainda não estaria completo, o que os colocava em risco social permanente.

Nessa direção, foram editados diversos diplomas normativos de cunho supranacional, sobretudo, pelas Nações Unidas, tais como a Convenção Internacional de Haia e a Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, que trataram da preservação do interesse dessa categoria peculiar de pessoas.

No Brasil, um marco importante nesse processo de consolidação dos direitos das crianças e dos adolescentes foi a promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), texto que, em capítulo próprio, conferiu uma nova abordagem da matéria. Deve-se destacar, nesse contexto, a adoção do princípio do melhor interesse da criança e da positivação da doutrina da proteção integral, em sede constitucional.

Essa nova ordem democrática ostentou normatividade suficiente para produzir unidade e articulação de todo o sistema jurídico, além de preservar direito de vulneráveis e das minorias. Ademais, o Texto Maior logrou conferir cidadania aos jovens, os quais, em um período não tão distante, eram vistos apenas como objeto integrantes de um determinado núcleo familiar e não como sujeitos de direitos.

Sobre a normatividade constitucional afirma Callejón (2014, p. 82)

Poderíamos dizer, portanto, que a normatividade da Constituição aporta uma nova concepção da democracia, que se baseia na diferenciação entre democracia constitucional ou pluralística e a de democracia em seu sentido tradicional, como representação e governo da maioria. A democracia constitucional é a que se instaura através da promulgação da Constituição. Na democracia constitucional, a cidadania atua como coletivo homogêneo que integra a maioria e a minoria. O governo da maioria, contudo, se move dentro do marco constitucional, que garante (através da Constituição normativa) o respeito ao pluralismo e ao direito das minorias.

Da perspectiva da centralidade da nova Constituição, era de se esperar que os textos normativos derivados refletissem esse entendimento corrente, no sentido de buscar prover o ser humano de dignidade, ainda que nos estágios iniciais da vida. Destarte, editou-se a Lei n. 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, a qual estabeleceu, dentre outras coisas, o modelo brasileiro de direitos e garantias dos menores de 18 (dezoito) anos.

A nova tônica era a de instituir medidas protetivas às crianças e aos adolescentes e não mais tratá-los como objeto de puro assistencialismo ou deixá-los à margem

de qualquer proteção. Assentiu-se com a ideia de que tais pessoas têm liberdades que precisam ser asseguradas pelo Estado, até porque a principal função de uma ordem jurídica democrática, fundada em uma constituição, é a de garantir direitos e liberdades, eliminando a livre disponibilidade do poder sobre o exercício de direitos fundamentais (CANOTILHO, 2000, p. 1440,).

Nesse cenário, é oportuno iniciar o estudo com uma digressão a respeito da doutrina da proteção integral, que tem sede constitucional e pode ser abordada como o fez Amin (2010, p. 14), partindo de seus efeitos em relação ao tratamento estatal dispensado às crianças e adolescentes:

[...] A doutrina da proteção integral, por outro lado, rompe o padrão pré-estabelecido e absorve valores insculpidos na Convenção dos Direitos da Criança. Pela primeira vez, crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais, como qualquer ser humano. Passamos assim a ter um Direito da Criança e do Adolescente, em substituição ao Direito do Menor, amplo, abrangente, universal e principalmente, exigível.

Cumprе ressaltar que a doutrina da proteção integral é corolário da dignidade da pessoa humana, porquanto, tem por diretrizes o reconhecimento da peculiar condição da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento, merecedoras, portanto, de proteção especial e também está fundada no direito à convivência familiar, de que os menores são titulares. Assim, observa-se uma nítida contraposição ao paradigma de tratamento da infância e da juventude, que foi batizado como de situação irregular.

Essa diferença foi bem captada por Cunha, Lepore e Rossato (2013, p. 77), que aduzem que a consagração, em sede constitucional, da doutrina supracitada não se tratou de simples modificação formal de nomenclatura ou mesmo de rearranjo legislativo sem cunho material. Antes, cuidou-se de efetiva modificação conceitual, que não deve passar despercebida, razão pela qual se passa a transcrever a aludida digressão:

Desvendando todo o arcabouço constitucional de proteção, pode-se afirmar que o *princípio da proteção integral* consubstancia o modelo de tratamento da matéria relacionada à infância e à juventude. Contrapõe-se ao modelo da situação irregular, antes vigente, e que tinha como fonte formal o Código de Menores de 1979. Porém, como se demonstrou, a proteção integral vai muito além de ser mera adaptação legislativa para ser em essência um critério assecuratório entre o discurso protetivo presente dos valores humanos e as atitudes atuais dos construtores sociais. Não implica a proteção integral em mera proteção a todo custo, mas sim na consideração de serem a criança e o adolescente sujeitos de direito, devendo as políticas públicas contemplar essa instituição, proporcionando o reequilíbrio existente pela condição de serem pessoas em desenvolvimento, o que deverá ser levado em consideração na interpretação do Estatuto.

Essa doutrina constitui-se, dessa forma, em um metaprincípio, que se liga por meio de ramificações a diversas outras diretrizes constitucionais, dentre as quais pode-se lembrar a dignidade da pessoa humana, conforme já mencionado. Além do mais, ele

orienta a fruição de direitos em relação às pessoas nessa etapa da vida, indicando que elas são dotadas de interesses que precisam ser resguardados em face do mundo adulto.

Ao redor da proteção integral, gravita um feixe de princípios que orientam o denominado direito da criança e do adolescente, e que por essa razão, devem ser citados nesta oportunidade, ainda que de forma breve. Dentre eles, para fins do presente estudo, destacaram-se dois: os princípios do melhor interesse e da prioridade absoluta.

Quanto ao melhor interesse, optou-se por não apresentar uma definição formal e completa, partindo-se da inferência de que o seu conteúdo e o seu alcance devem ser evidenciados caso a caso, de acordo com a necessidade dos menores de 18 (dezoito) anos, ainda que em detrimento dos interesses paternos.

Veja-se, a esse respeito, a doutrina de Moraes e Teixeira (p. 2128, 2013):

[...] Tal princípio é a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, no âmbito da infância e da juventude. Segundo a doutrina especializada, 'a aplicação do princípio do *Best Interest* permanece como padrão, considerando sobretudo, a necessidades das crianças em detrimento dos interesses de seus pais, devendo-se realizar-se sempre uma análise do caso concreto. Não existe uniformidade ou uma definição rígida do que seja o conteúdo do princípio, cujo exame deve ser feito em cada caso, de modo a se buscar, de acordo com as vicissitudes do caso concreto, o que melhor preserva os interesses da criança, e a proporcionar-lhe um crescimento biopsíquico saudável, além de tutelar adequadamente sua personalidade.

Deve-se gizar que tal valor tem grande aplicação no que concerne aos feitos de natureza familiar, porém, não se esgota nesse campo. Ele orienta toda a gama de conflitos que possam se apresentar ao aplicador e ao intérprete do direito e, também, o legislador, no sentido de priorizar as necessidades e interesses infantojuvenis, enxergadas em abstrato.

Sobre isso, Amin (2010, p. 28) faz a uma importante ponderação, *in verbis*:

[...] Indispensável que todos os atores da área infantojuvenil tenham claro para si que os destinatários finais de sua atuação são a criança e o adolescente. Para eles é que se tem que trabalhar. É o direito deles que goza de proteção constitucional em primazia, ainda que colidente com o direito da própria família.

De outro lado, tem-se o princípio da prioridade absoluta, que se volta a concretizar a doutrina da proteção integral, privilegiando ações com foco no bem-estar das crianças e dos adolescentes. Traduz-se em uma garantia de que o Estado vai lançar mão de todos os meios possíveis para efetivar os direitos desses sujeitos em desenvolvimento. A esse respeito, é relevante citar a dicção de Cunha, Lepore e Rossato (2013, p. 77):

O conteúdo desse dispositivo está relacionado ao que se chama de eixo de promoção, que se operacionaliza por meio do desenvolvimento de políticas públicas para a infância e a juventude. Para esclarecer, destaque-se que, segundo a estrutura do Estatuto, ao lado do a) eixo de promoção, estão o b) eixo de defesa – caracterizado pelas garantias de acesso

à justiça, no que tange aos direitos da criança e do adolescente, e o c) eixo de controle – que se consubstancia na atuação das instâncias públicas colegiadas, cujas atribuições competem aos conselhos de direito.

Desse modo, em todas as esferas, havendo necessidade de proteção dos direitos e garantias fundamentais, titularizados por crianças e adolescentes, deve-se conferir primazia a atividade de resguardo. O mesmo pode ser dito em relação a eventual conflito de abrangência de atendimento, de tal forma que, ante a escassez de recursos, cumpre suprir as necessidades das pessoas em desenvolvimento, ainda que em detrimento dos adultos.

Mesmo a discricionariedade estatal em formular e executar políticas públicas está enredada prioritariamente para a área aludida. Desse modo, a lógica relacionada à distribuição e à destinação de verbas, cuja escassez é presumida, não deve se afastar da escolha primária do ordenamento jurídico brasileiro, o que impõe a realização de investimentos em favor das crianças e dos adolescentes.

Sem embargo, há setores em que os conflitos que surgem são mais complexos e demandam atividade analítica mais especificada. Veja-se que a amplitude das medidas de proteção pode resultar na supressão da autonomia e da liberdade infantojuvenil, o que não é desejável.

Esse espectro protetivo, fulcrado nos princípios já devidamente exteriorizados no âmbito do texto vertente, não raras vezes, entra em rota de colisão com as liberdades dispostas no mesmo sistema jurídico. Então, para melhor abordar essa controvérsia, cumpre, a partir de agora, discorrer sobre a autonomia da vontade na adolescência e as operações necessárias a compatibilização dela com a sucessão de direitos já aduzida.

Desde logo, é preciso ter em mira que a exclusão pura e simples da autonomia da vontade não seria a solução mais ajustada, diante da peculiaridade de algumas situações que podem surgir nesse âmbito. Daí a importância de estudos transdisciplinares com foco nessa matéria, que procuram conciliar a efetivação de proteção devida a este grupo vulnerável com o exercício de liberdades peculiares a todos os seres humanos.

3. OS CONFLITOS BIOÉTICOS E A AUTONOMIA DA VONTADE NA ADOLESCÊNCIA

No campo da Bioética, a autonomia da vontade é instituto essencial, uma vez que é por meio do seu exercício amplo que serão deduzidas as diretrizes que são convenientes para a condução da vida humana pelo seu próprio detentor. Nessa senda, cresce a demanda por mecanismos, de cunho jurídico, inclusive, capazes de proporcionar um incremento na capacidade de agência das pessoas e na liberdade de escolha a serem avaliadas nos casos concretos.

Veja-se a esse respeito o que mencionam Sousa e Silva (2016, p. 3)

Contudo, a doutrina mais atenta ao imperativo de tutela da pessoa em sua concreta vulnerabilidade já identificava a necessidade de se graduar a técnica jurídica da incapacidade, respeitando-se, tanto quanto possível, a autonomia individual, particularmente em matérias existenciais. Tanto no Brasil quanto em outros ordenamentos, cresciam as propostas de ampliação da autonomia reconhecida aos incapazes, inclusive (e particularmente) às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, evitando-se o paternalismo desnecessário e comumente injusto que tantas vezes desconsiderava por completo a vontade do incapaz.

Destarte, mesmo indo de encontro aos obstáculos paternalistas, pretensamente de natureza protetiva, há que se reconhecer às pessoas um certo grau de autonomia, que as possibilite o gozo de uma vida com dignidade. Em acréscimo, pode-se aduzir que a autonomia se cuida do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, constituindo-se outrossim em uma decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, que tem relação precípua com a liberdade de ação.

Sobre isso, veja-se o conceito proposto por Alexy (2011, p. 345), à luz da Constituição da Alemanha:

[...] A liberdade geral de ação é uma liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer. Pressupor que essa liberdade é garantida pelo art. 2º, § 1º, significa duas coisas. De um lado, a cada um é *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – permitido fazer ou deixar de fazer o que quiser (norma permissiva). De outro, cada um tem *prima facie* – ou seja, caso nenhuma responsabilidade ocorra – o direito, em face do Estado, a que este não embarace sua ação ou abstenção, ou seja, a que o Estado nelas não intervenha (norma de direitos) [...].

É fato que tal instituto, de fundo bioético, não se confunde com a autonomia privada, que diz respeito às relações individuais travadas quotidianamente no âmbito privatístico, cuja concepção foi bem especificada em Perlingieri (2002, p. 17), a saber, “a liberdade de regular por si as próprias ações ou mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum”.

Já autonomia da vontade pode ser encarada como um atributo natural do ser humano, que lhe é assegurada como característica indissociável de sua personalidade. Possibilita, assim, agir consoante os termos da própria racionalidade (ALVES, 2007, p. 22-23).

Dessa forma, crianças e adolescente não devem ser privados dessa autonomia, apesar de a depender do momento de desenvolvimento considerado, ser necessário definir sua amplitude de exercício (BEE, 2003). Na realidade, o próprio ordenamento jurídico dá mostras claras de que eventual postura restritiva não deve ser tolerada.

De fato, a partir da análise dos paradigmas normativos consultados no âmbito desta pesquisa, constatou-se a existência de uma tendência, tanto de cunho internacio-

nal, quanto local no sentido de que a opinião dos jovens fosse cada vez mais importante para a tomada de decisões que dissessem respeito à sua pessoa.

Em sede internacional, deve-se destacar a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina, elaborada em Oviedo, na Espanha, ainda no final dos anos 90, que dentre outras coisas, estabelecia que a opinião do menor de 18 (dezoito) anos deve sempre ser levada em consideração, o que de certa forma valorizaria sua participação em processos ou procedimentos que dissessem respeito a sua própria existência. Transcreve-se o dispositivo supracitado: (COMISSÃO, 1997)

Artigo 6º

Protecção das pessoas que careçam de capacidade de prestar consentimento.

[...]

2 – Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização de seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada por lei.

A opinião do menor é tomada em consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.

Deve-se lembrar ainda das disposições da Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da UNESCO, que contem preceito que estimula a participação do menor nos processos biomédicos. Eis o teor de seu art. 8º, 'c':(UNESCO, 2003)

Artigo 8º: Consentimento

(c) Um adulto que não esteja em condições de exprimir o seu consentimento deverá participar na medida do possível no processo de autorização. A opinião de um menor deverá ser tomada em consideração como um factor cujo carácter determinante aumenta com a idade e o grau de maturidade.

Por assim dizer, nota-se a construção de um padrão normativo internacional de fomento à participação dos menores nos feitos que lhes afetem direta ou indiretamente. Frise-se que muito embora essa opinião não seja decisiva, as medidas aludidas têm o condão de lhes conferir voz e de algum modo, autonomia, ainda que não seja possível falar em capacidade jurídica completa.

O parâmetro de investigação é, por certo, o grau de discernimento demonstrado pelo jovem, variável não apenas no que concerne sua idade cronológica, mas se está ou não inserido em contexto de risco ou de proteção de saúde mental, por exemplo, que vai nortear de forma intensiva a futura decisão a ser tomada sobre o seu próprio destino, inclusive sobre seu próprio corpo, o que, na prática, tem o condão para promover o desenvolvimento de sua personalidade.

No âmbito interno, cumpre assinalar que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) contém diversas normas que apontam nessa mesma direção, a sa-

ber: da participação infantojuvenil, com autonomia, nos processos decisórios que lhes são relativos. Destaca-se a previsão do art. 28, § 1º, que prescreve a participação da criança ou do adolescente nas causas de colocação em família substituta, impondo ainda que, no caso de maior de 12 anos, o seu consentimento seja colhido em audiência.

Veja-se que a disciplina legal fala expressamente em consentimento, mesmo em se tratando de pessoa absolutamente incapaz, na forma da Lei Civil, a denotar que, a partir dessa idade, o ser humano já detém autonomia e discernimento suficientes para formular juízos sobre si próprio, uma vez livre de qualquer contexto de violência, em especial a psicológica.

Especificamente quando trata de adoção, o mencionado diploma legislativo mais uma vez remonta ao consentimento do maior de 12 (anos), confirmando assim a tese de que existe sim um grau de autonomia conferida pelo ordenamento jurídico ao adolescente. Trata-se da redação do art. 45, § 2º, do ECA (BRASIL, 1990).

Por fim, tem-se a Recomendação n. 01/2016, do Conselho Federal de Medicina, que trata sobre o processo de obtenção de anuência livre e esclarecido na assistência médica, propõe que a “[...] participação do menor na obtenção do assentimento livre e esclarecido deve ser incentivada: o Estatuto da Criança e do Adolescente garante-lhe a liberdade de opinião e a expressão e o direito ao respeito de sua autonomia [...]” (CFM – BRASIL, 2016).

Ora, todo esse panorama demonstra que existem dois campos básicos dentro do sistema protetivo infantojuvenil brasileiro: de um lado, os direitos que garantem autonomia e liberdade aos jovens e do outro, aqueles de cariz protetivo propriamente dito. Contudo, há entre eles íntimo relacionamento, tanto que não raras vezes entram em conflito, ou mesmo em contradição.

A tarefa aqui é promover o diálogo que entre as duas frentes, que possibilite a máxima efetivação dos direitos e liberdades das crianças e dos adolescentes. É preciso, portanto, harmonizar os regramentos, a fim de que se mantenha a coerência e a compatibilidade do ordenamento jurídico.

De fato, os sistemas em geral tem como notas distintivas a unidade e a ordenação, as quais, no ambiente jurídico, são evidenciadas a partir da consagração do ideal de justiça e pela busca da isonomia de tratamento, conforme preconiza Canaris (2002, p. 12). Deve-se portanto buscar a sintetização de fórmulas que confirmam coesão ao sistema de justiça infantojuvenil.

À luz dessa premissa, é preciso averiguar se é possível guardar a unidade e a ordenação do direito brasileiro, com a responsabilização do adolescente nessa seara, pela prática de ato infracional análogo ao crime de Estupro de Vulnerável.

4. DO ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A REGRA DE ROMEU E JULIETA

Inicialmente, cumpre destacar que existe uma interessante previsão de reação do sistema, no caso de atos ilícitos de natureza criminal perpetrados por crianças e adolescentes. Cuida-se da responsabilização infracional, que não se confunde propriamente com um mecanismo punitivo, porquanto se lhe nega as características que poderiam outorgar ao Sistema de Justiça da Infância e da Juventude uma metodologia penal.

Isso porque a Constituição (BRASIL, 1988), em seu artigo 228, é expressa em reservar a repressão penal apenas para as pessoas maiores de 18 (dezoito) anos, de forma que crianças e adolescentes, pessoas em desenvolvimento, ficariam abrangidos por normas especiais, em caso do cometimento de ilícitos.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 103 (BRASIL, 1990), “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Ora, conquanto se reconheça e se compreenda a analogia conceitual efetivada pelo Estatuto, que deita raízes nas acepções de crime e de contravenção, deve-se enfatizar que a proteção especial conferida aos menores de 18 (dezoito) anos não admite que se avance para a tutela penal nesta hipótese, sob pena de contrariedade à norma constitucional fundamental.

Sobre essa matéria, veja-se o que defendem Moraes e Teixeira (p. 2139, 2013):

A garantia da não responsabilização da criança e do adolescente – que implica que eles não respondam penalmente por atos que pratiquem contra à lei – justifica-se pela condição de pessoa em desenvolvimento físico e psíquico, em fase de formação da personalidade e que, embora tenha discernimento para distinguir o lícito do ilícito, não têm capacidade de prever as consequências de seus atos. Como a imposição de pena não contribui, seguramente, para o livre desenvolvimento da personalidade, utilizam-se outras medidas, como as socioeducativas, previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, quando da prática de ato infracional por um menor. Trata-se assim de uma responsabilização especial, que não tem natureza penal, mas educacional.

Destarte, é direito fundamental desses sujeitos em desenvolvimento o tratamento especial, que tenha foco educacional e não criminal. Daí que foi necessário desenvolver uma lógica de abordagem diversa daquela prevista para os adultos, que traria em suas bases uma série de garantias processuais, tais como um juízo especializado, capaz de emitir julgamentos proporcionais e convergentes tanto com a gravidade do ato infracional praticado, quanto com a capacidade do agente em conflito com a lei em cumprir as medidas deferidas.

Segundo Rosa (2019, p. 69), “As medidas socioeducativas, por isso, têm um caráter preponderantemente pedagógico, onde o intuito final e primordial deve ser a educação, inserção e reinserção social, evitando-se a reincidência, inclusive, com a proteção ao adolescente egresso”.

Visto esse aspecto, deve-se mencionar que, ainda assim, existe um espaço dentro da estrita legalidade para imposição de providências judiciais que, de alguma forma, façam as vezes da disciplina carcerária, restringindo a liberdade do agente infrator, mesmo que em quantidade e em qualidade diversas daquelas previstas para os adultos. Tratam-se das medidas socioeducativas de semiliberdade e de internação.

A esse respeito, veja-se a doutrina de Cunha, Lepore e Rossato (2013, p. 326):

Vale lembrar que existem medidas socioeducativas que podem privar o adolescente de liberdade, a exemplo da semiliberdade e da internação. Elas são conhecidas como de meio fechado, conforme classificação recente da Lei 12.594/2012 (Lei do Sinase). Por mais que se queira sustentar que as medidas socioeducativas têm caráter protetivo, não se pode negar que elas podem privar os adolescentes de liberdade e essa é a consequência mais severa no ordenamento jurídico brasileiro.

Muito embora se busque assegurar o desenvolvimento infantojuvenil, não se pode refutar a constatação de que existe aqui um grau de exercício de poder punitivo, mesmo no contexto socioeducativo, que pode redundar em privação da liberdade, ainda que de modo menos intenso que aquele previsto para os maiores de 18 (dezoito) anos. Não custa destacar que o exercício do poder punitivo costuma redundar em afronta a direitos e a garantias fundamentais.

Portanto, mesmo na seara socioeducativa, em que o efeito sancionador tem atuação reflexa, deve-se zelar pela institucionalização ou formalização do controle operado pelo Sistema de Justiça Juvenil, a fim de resguardar os direitos humanos (ZAFFARONI, 2009, p. 64). É desse ponto vista que se avalia a prática de ato infracional análogo ao crime de Estupro de Vulnerável por adolescentes, em uma relação consensual.

Pondere-se, desde já, que a Constituição, no parágrafo 4º, do art. 227, determinou rigor extraordinário com relação à repreensão das condutas que impliquem abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente. Há, portanto, uma expressa prescrição de que, constatado o comportamento que implique em quaisquer das violações supracitadas, o sistema responda de imediato e com efetividade, e não só no campo penal.

Na linha desse mandamento, foi editada a Lei nº 12.015/2009, que trouxe à lume a figura penal do Estupro de Vulnerável, com maior rigor punitivo (BRASIL, 2009). Diferentemente do estupro tradicional, que pressupõe o constrangimento da vítima, à configuração do novo tipo bastaria a simples prática de conjunção carnal ou de outro ato libidinoso.

Além disso, adotou-se uma técnica jurídico-legislativa por meio da qual o consenso do ofendido seria irrelevante para a caracterização do delito, mecanismo que pacificaria as discussões que se travaram em torno dessa matéria.

Portanto, a partir da entrada em vigor da nova lei penal, a vontade da vítima menor de 14 (quatorze) anos ou do incapaz deixou de ser considerada para a configuração da responsabilização penal do agente, reforçando-se assim a proteção de crianças e de adolescentes de toda sorte de abusos, exploração e violência.

Esse entendimento restou cristalizado no enunciado n. 593, da súmula da jurisprudência predominante no âmbito do c. Superior Tribunal de Justiça, cujo teor se passa a transcrever:

O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”.

Criou-se, portanto, uma sólida barreira jurisprudencial em torno dessa temática, com o claro objetivo de se conferir efetividade à dignidade de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual no Brasil. Assim, a presunção de violência no estupro de vulnerável transmudou-se em absoluta, não havendo espaço, em tese, para discussões judiciais quanto a esse particular.

A despeito disso, não há como se confundir exploração, abuso e violência com a natural descoberta da sexualidade pelos jovens, fruto do exercício de sua autonomia e característico de seu momento especial de desenvolvimento biopsicossocial, a partir da puberdade, em especial. Dessa forma, é preciso compatibilizar o quadro normativo que pune severamente o abuso, a exploração e a violência com o exercício da capacidade de agência de que desfrutam os adolescentes.

Para tanto, cogita-se da chamada exceção de Romeu e Julieta, que formula uma proposta de exclusão punitiva para os casos de sexo consentido entre adolescentes, de idades próximas, retirando tais comportamentos da alçada de enquadramento do estupro de vulnerável. Cuida-se de temática inicialmente desenvolvida nos Estados Unidos e que, no Brasil, ainda pressupõe alguma reflexão.

Por força de lei, a possível vítima da infração denominada de Estupro de Vulnerável seria o menor de 14 (quatorze) anos, presumindo-se o dano sem qualquer distinção, isto é, sem necessidade de se comprovar o abuso, a exploração e a violência combatidos pela Constituição, conforme já deduzido acima.

No entanto, em tais hipóteses, algumas cortes dos Estados Unidos tem proposto uma análise mais pormenorizada das circunstâncias, quando se traz à baila casos que envolvam pessoas de idade próxima e consentimento emitido validamente, isto é, sem a concorrência de detalhes fáticos que indiquem abusividade, tais como a violência doméstica e familiar e ou o uso de álcool ou drogas.

Retomando o caso decidido pela Suprema Corte do Estado da Georgia, Saraiva

(2009, p. 12) aponta que restou afirmado que, em um cenário de relação sexual consentida entre adolescentes de idade próximas, ainda que a legislação a proíba, não é caso de se exercitar o braço estatal punitivo.

Na aplicação da chamada “Romeo and Juliet Law” a Suprema Corte do Estado da Geórgia (cuja Legislação criminalizava a conduta sexual consensual entre adolescentes) liberou da prisão Garnalow Wilson, de dezessete anos de idade, que estava preso pela prática de sexo oral com uma menina de 15 anos. A legislação do Estado criminalizava a conduta de práticas sexuais entre adolescentes, mas a Suprema Corte determinou que Wilson fosse liberado porque a nova regra desconfigurou a criminalização do sexo consensual entre adolescentes.

Ainda segundo o autor, a nomenclatura da tese defensiva em destaque faz alusão à obra de William Shakespeare, precisamente, ao romance entre os personagens Romeu e Julieta, em que 02 (dois) adolescentes vivem um amor proibido por suas famílias. De acordo com Saraiva (2009, p. 13), se estivesse vivendo no Brasil dos tempos atuais, o personagem Romeu poderia ser acusado de ato infracional análogo ao estupro de vulnerável em razão do seu relacionamento com Julieta.

Ora, esta prática pode ser útil na solução de casos semelhantes no Brasil, desde que realizadas as devidas adaptações pelo aplicador.

Preliminarmente, deve-se averbar que, conquanto não haja previsão normativa que confira subsídios formais para aplicação do modelo assinalado, é fato que também não existem quaisquer impeditivos jurídico-normativos para o emprego da denominada exceção de Romeu e Julieta, vez que não se está a tratar de violência, abuso ou exploração proscritos pelo art. 227, § 4º, da Constituição.

A bem da verdade, a utilização dessa tese, com fundamento no direito estrangeiro coloca em evidência a tutela da autonomia do adolescente, e portanto, não pode ser descartada. Daí que se excluir do espectro de sua incidência as vítimas crianças, isto é, menores de 12 (doze) anos, porquanto não ostentam o discernimento atribuído aos adolescentes, conforme já explicitado em tópico anterior.

Ademais, a idade do sujeito ativo deve ser próxima a do parceiro, sob pena de se chancelar possíveis explorações. Sob nenhuma perspectiva, o adulto maior de 18 (dezoito) anos pode se beneficiar da tese, no contexto de prática do Estupro de Vulnerável.

Situação peculiar seria aquela do agente que acaba de atingir a maioridade penal, isto é, o jovem-adulto que recentemente adquiriu a capacidade psíquica de culpabilidade (ZAFFARONI, 2009, p. 535). Nessa condição, a prática de relações sexuais consentidas com menor de 14 (quatorze) anos não poderia ser minimizada, uma vez que existe significativa diferença de maturidade entre os protagonistas.

Sucedo que, em alguns locais dos Estados Unidos da América, tolera-se esse tipo de relacionamento, desde que os envolvidos tenham uma diferença etária de até

05 (cinco) anos de idade (SARAIVA, p. 12). Porém, o modelo decisório aqui proposto, a despeito da inspiração no regramento norte americano, não é compatível, porquanto se presume cessada a imaturidade peculiar aos adolescentes com o atingimento da maioridade.

Sob tal conjunta, não é defensável a distinção que se tem recomendado ao longo do trabalho, uma vez que se trata de comportamento muito assemelhado ou mesmo idêntico àquele que proibido pela Constituição, por se tratar de abuso.

Igualmente, a modelagem proposta não se compatibiliza até mesmo com meras suspeitas de abusividade, de forma que se houver alguma dúvida sobre o contexto em que inserida a pessoa ofendida, recomenda-se que não se utilize da proposta indigitada. Exemplificativamente, seria possível mencionar o adolescente que se encontra no âmago de um conflito permeado por violência doméstica e familiar, cenário que não favorece a prática de deliberações livres e racionais por parte dos adolescentes que integram o referido contexto.

Por essa razão, nesses casos, entende-se que a intervenção estatal é necessária, até para promover a correção da situação geradora de sofrimento. Não custa mencionar que havendo necessidade de tutelar a integridade dos indivíduos, seja no aspecto físico, seja no psicológico, há que se reputar legítimas as injunções estatais.

Por fim, afigura-se desnecessário o conhecimento ou a aquiescência familiar quanto ao relacionamento amoroso para o aproveitamento da enunciação aqui descrita. Veja-se que por se tratar de exercício de autonomia, de fundo bioético, o adolescente age por si próprio, dispensado-se assim o endosso dos pais ou responsáveis legais, que, na prática, não determinarão o término ou não de um relacionamento afetivo-sexual de seus filhos adolescentes pela mera imposição de proibição do dito relacionamento.

Ainda sobre a solução apresentada, há que se ter em mente que a exceção de Romeu e Julieta se cuida de causa de exclusão da tipicidade material. De fato, não há o que Zaffaroni (2009, p. 396) chama de tipicidade conglobante:

Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas.

Portanto, ainda que os fatos estejam formalmente subsumidos ao tipo do artigo 217-A do CPB, dispositivo que é utilizado de modo delegado, no caso de responsabilidade infracional (CUNHA, LEPORE e ROSSATO, 2013, p. 325), não há tipicidade material, pois a fórmula legal citada não alcança o fato da vida em testilha.

Essa também é a tese defendida por Rodriguez e Godoy (2013, p. 63):

Y, por último, creemos que el consentimiento del ofendido es efectivamente una causal de atipicidad para la mayoría de los delitos sexuales, al tratarse de un elemento negativo del tipo que, conjuntamente con la atipicidad objetiva mencionada, permiten considerar la conducta como atípica, sin embargo, su consideración debe ser posterior a esta última –la causal de atipicidad objetiva pues mientras ésta otorga el antecedente que permitió la legitimación del consentimiento prestado por el menor, aquélla – el consentimiento del ofendido otorga consecuencias ulteriores de esa situación

Deve-se frisar que o arranjo doutrinário aqui defendido soluciona também a questão do denominado estupro bilateral, quando 02 (dois) ou mais adolescentes seriam ao mesmo tempo vítimas e autores de estupro de vulnerável. Isso porque a exceção de Romeu e Julieta também os alcançariam, excluindo assim a imputação de delinquência sexual, a qual, por si só, vem carregada de graves repercussões.

5. CONCLUSÕES

A Constituição de 1988, na esteira de uma gama de compromissos internacionais firmados pelo Brasil, consagrou uma nova espécie de tutela dos interesses das pessoas ainda em processo de formação da personalidade. Como mudança mais nítida pode-se destacar que o ordenamento jurídico passou a tratar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e não apenas como indivíduos objeto de marginalização e ou objetos sobre os quais adultos, pais e ou representantes estatais, imprimem poder, sem qualquer albergue normativo e ou de conceitos científicos transdisciplinares.

Essa escala de transformações foram fruto, dentre outras coisas, da implementação da doutrina da proteção integral, que propugna a vulnerabilidade da pessoa em fase de desenvolvimento da personalidade como fundamento para o exercício da tutela protetiva estatal. Além do mais, essa doutrina atrai a incidência de diversos princípios, dentre os quais se pode destacar o do melhor interesse da criança e ainda o dogma da prioridade absoluta.

No entanto, essas normas protetivas, cunhadas em favor da infância e da juventude, precisam ser consideradas em seu conjunto, e correlacionadas com as demais regulações estipuladas nessa área. Ao lado delas, por exemplo, deve-se destacar outro bloco de grande relevância para promoção da dignidade humana, a saber, o do exercício de liberdades, fruto da autonomia individual.

Mesmo sem ostentar capacidade civil plena, não se pode negar ao adolescente a vocação de agência, isto é, a possibilidade de deliberar e de ser ouvido em matérias que lhes digam respeito. Trata-se de prerrogativa que vem se consolidando tanto no âmbito internacional quanto no direito interno.

Nessa medida, é possível divisar a instauração de uma potencial instância conflitiva, deflagrada entre a esfera protetiva e a do exercício das liberdades pelos adolescentes, cuja ampliação também é bem-vinda no ordenamento jurídico. Portanto, é preciso estabelecer espaços de diálogo entre elas, a fim de que seja conferida a máxima proteção da personalidade ainda em desenvolvimento desses sujeitos em situação de vulnerabilidade.

Do âmbito dessas discussões exsurgiu a problemática da responsabilização do adolescente pela prática de sexo consentido com menor de 14 (quatorze) anos, o que em tese, configuraria ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável, previsto pelo art. 217-A, do CP. Após a discussão da matéria, chegou-se à conclusão de que a melhor solução é aquela que valoriza a liberdade e autonomia, e ainda assim, não viola as regras de proteção à personalidade desse grupo vulnerável.

Por assim dizer, insere-se perfeitamente a regra denominada de Romeu e Julieta, que prevê que em caso da prática de sexo consentido entre adolescentes, não se estaria diante de violência, abuso ou exploração sexual apta a atrair a responsabilização resultante de semelhante comportamento.

Propõe-se então avaliar as circunstâncias do caso concreto e discernir se, de fato, se está diante de comportamento vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, ou se se cuida de conduta que não merece a incidência de normas punitivas. A conclusão obtida, depois dos estudos transdisciplinares efetivados foi que, nesse cenário, não há ilícito a punir, uma vez que a conduta é praticada sob uma causa excludente da tipicidade material e não se constitui nem em abuso, nem em exploração nem em violência infantojuvenil.

Inspirado no direito norte-americano, propugna-se a aplicação da exceção de Romeu e Julieta, a fim de se excluir a tipicidade material, e assim, livrar adolescentes da pecha de criminoso sexual, além de proteger os possíveis frutos das relações sexuais aqui consideradas como oriundos de estupro. Deve-se acentuar que a resposta aqui destacada tem em mira a autonomia do adolescente, que à luz de critérios jurídicos e bioéticos, precisa ser tomada em consideração pelo Sistema de Justiça Infantojuvenil, respeitando-se seu momento de desenvolvimento biopsicossocial e suas variáveis.

A asserção aqui exposta, entretanto, não alcança o adulto, ainda que a diferença de idade entre ele e a vítima seja de até 05 (cinco) anos, para que não se corra o risco de cancelar exploração. Tampouco, recomenda-se a utilização da tese defensiva em um contexto em que se evidencie qualquer tipo de abusividade, notadamente, a violência doméstica e familiar.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ALVES, Mariza Santos Pereira. *A proteção constitucional do princípio da autonomia da vontade*. 2007. Monografia (Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Privado) – Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2007.
- AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes (Revisora). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p 11-17.
- BEE, Helen. *A criança em Desenvolvimento*. 9ª ed. Porto Alegre. ARTEMED, 2003.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *A Projeção da Constituição sobre o Ordenamento Jurídico*. Trad. Paulo Roberto Barbosa Ramos. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. portuguesa de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). Recomendação n. 01, de 22 de agosto de 2012. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília, 2012. v.1. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da Criança e do Adolescente: comentada artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. (Org.). *Pesquisa social: teoria, métodos e criatividade*. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.
- MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 227. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p 2124-2136.
- PAULA, Bruna Souza; CAÚLA, Bleine Queiróz. *Autonomia da Vontade da criança sob a ótica dos direitos fundamentais – o direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. XXII Encontro Nacional do CONPEDI, Curitiba, 2013, p. 415-439.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROSA, Rodrigo Zoccal. *Das Medidas Socioeducativas e o Ato Infracional (Do ECA ao SINASE)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- SARAIVA, João Batista Costa. O “depoimento sem dano” e a “Romeo and Juliet Law”: uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. *Boletim IBCCrim*, n. 205, p. 12-13, dez. 2009. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4414592/mod_resource/content/1/%20depoimento%20sem%20dano%20e%20a%20romeo%20and%20juliet%20law.%20Artigo%20Boletim%20IBCCRIM.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2019.
- SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica. Com*. Ano 5, n. 1, 2016. Disponível em: <[http://Downloads/AUTONOMIA.%20DICERNIMENTO%20E%20VULNERABILIDADES%20ARTIGO%20\(1\).pdf](http://Downloads/AUTONOMIA.%20DICERNIMENTO%20E%20VULNERABILIDADES%20ARTIGO%20(1).pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. V. 1. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ABORDAGEM DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E SUA INTERAÇÃO COM O DIREITO INTERNO: ANÁLISE DO CASO PESSOAS DOMINICANAS E HAITIANAS EXPULSAS C. REPÚBLICA DOMINICANA

Floribal de Souza Del'olmo

Tatiana Bruhn Parmeggiani

RESUMO: O presente estudo debruça-se na análise do caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, intitulado “*Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*” a partir do enfrentamento dado à abordagem do direito internacional dos direitos humanos e o tratamento do direito interno frente à questão. Tem-se que o século XX testemunhou o desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos, como uma resposta a falha dos sistemas tradicionais de proteção de indivíduos, tanto por meio de mecanismos desenvolvidos a nível nacional (a limitada proteção constitucional), como as estabelecidas pelo direito internacional público na primeira metade do século XX (baseado em uma visão dos Estados e sua soberania). Tais experiências levaram a comunidade internacional a assumir a tarefa de criar um sistema que proteja os indivíduos contra abusos no exercício do poder pelos Estados. Isso resultou na consagração de catálogos de direitos, verdadeiros mecanismos de promoção internacional e de proteção de direitos como, por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ACHR) e a criação de órgãos jurisdicionais para a proteção de direitos, como Corte Interamericana de Direitos Humanos. Todavia em 2014 evidenciou-se um grave desrespeito aos direitos humanos por parte da República Dominicana que adotou um procedimento de desnacionalização massiva de indivíduos, violando assim normas internacionais, ensejando uma abordagem crítica de investigação para que eventos como este não mais se repitam.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional. Direitos humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direito de nacionalidade. República Dominicana.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Resumo da decisão; 3. Trâmite perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos; 4. Encaminhamento para a Corte Interamericana de Direitos Humanos; 5. Violação de normas internacionais; 6. Trânsito entre o Direito Interno e o Direito Internacional; 7. Contexto da decisão assinalado pela Corte; 8. Breves comentários acerca do instituto da nacionalidade no Brasil; 9. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo debruça-se na análise do caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, intitulado “*Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*”¹²¹⁷,

1217 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2014, Série C No. 282. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/>>. Acesso em: fev. 2020.

a partir do enfrentamento dado à abordagem do direito internacional dos direitos humanos e o tratamento do direito interno frente à questão. Em 12 de julho de 2012, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte, em conformidade com os artigos 51 e 61 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹²¹⁸, o caso 12.271 contra o Estado da República Dominicana. De acordo com a Comissão, o caso é relacionado à “detenção arbitrária e expulsão sumária do território da República Dominicana” de supostas vítimas haitianas e dominicanas de descendência haitiana, incluindo crianças, sem o seguimento do procedimento de expulsão regulamentado no direito interno.

Tem-se, a partir dos ensinamentos de Claudio Nash Rojas, que o século XX testemunhou o desenvolvimento progressivo do direito internacional dos direitos humanos, como uma resposta a falha dos sistemas tradicionais de proteção de indivíduos, tanto por meio de mecanismos desenvolvidos a nível nacional (a limitada proteção constitucional), como as estabelecidas pelo direito internacional público na primeira metade do século XX (baseado em uma visão dos Estados e sua soberania). Tais experiências levaram a comunidade internacional a assumir a tarefa criar um sistema que proteja os indivíduos contra abusos no exercício do poder pelos Estados. Isso resultou na consagração de catálogos de direitos, verdadeiros mecanismos de promoção internacional e de proteção de direitos como, por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ACHR) e a criação de órgãos jurisdicionais para a proteção de direitos, como Corte Interamericana de Direitos Humanos¹²¹⁹.

Todavia em 2014 evidenciou-se um grave desrespeito aos direitos humanos por parte da República Dominicana que adotou um procedimento de desnacionalização massiva de indivíduos, violando assim normas internacionais, ensejando uma abordagem crítica de investigação para que eventos como este não mais se repitam.

Justifica-se a escolha do tema uma vez que a decisão do Estado dominicano é uma grave violação de direitos humanos, pois priva o direito à nacionalidade de milhares de pessoas que durante toda a vida haviam sido consideradas dominicanas, muitas das quais foram registradas pelas autoridades competentes como nacionais ao nascer e, ao longo da vida, lhes foram outorgados outros documentos de identidade tais como títulos de eleitores, cédulas de identidade e passaportes.

Tal levante por parte da República Dominicana se alia a uma tentativa de limpeza étnica, alimentada pelos fluxos migratórios e laborais entre o presente país e o Haiti, representando uma discriminação em razão da descendência e da nacionalidade,

1218 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. *Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos*, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm >. Acesso em: jun. 2019. Pela redação dos artigos, estabelecem-se respectivamente, os prazos sobre a questão posta em consideração pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e as competências e funções sendo somente os Estados Partes e a Comissão aptos a submeter casos à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1219 NASH ROJAS, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Chile: Centro de Derechos Humanos, 2012, p. 13.

indo na contramão de preceitos internacionais que condenam tais comportamentos. O presente artigo foi organizado pautando-se nos principais pontos da decisão da Corte interamericana de Direitos Humanos e seus desdobramentos quanto ao fluxo do direito internacional e do direito interno. Cuidou-se também em trazer um breve panorama do enfrentamento brasileiro acerca do tratamento da nacionalidade, condições de aquisição e perda, a partir de nossos instrumentos jurídicos, demonstrando-se assim a relevância da temática.

Destaca-se que o método de pesquisa adotado é o método indutivo, partindo-se dos preceitos gerais através dos fundamentos que sustentam tal decisão. O método de investigação utilizado foi da revisão bibliográfica, através da análise doutrinária e jurisprudencial especializada, dando-se destaque aos estudos acerca do instituto da nacionalidade.

2. RESUMO DA DECISÃO

Em 12 de julho de 2012, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte, em conformidade com os artigos 51 e 61 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹²²⁰, o caso 12.271 contra o Estado da República Dominicana¹²²¹. De acordo com a Comissão, o caso é relacionado à “detenção arbitrária e expulsão sumária do território da República Dominicana” de supostas vítimas haitianas e dominicanas de descendência haitiana, incluindo crianças, sem o seguimento do procedimento de expulsão regulamentado no direito interno. Ademais, a Comissão considerou “que havia uma série de impedimentos para que os migrantes haitianos pudessem registrar seus filhos e filhas nascidos no território dominicano” e para a obtenção da nacionalidade dominicana por parte das pessoas de ascendência haitiana nascidas na República Dominicana.

Segundo a Comissão, o caso inseriu-se em um “grave contexto de expulsões coletivas e massivas de pessoas que afetavam igualmente a nacionais e estrangeiros, documentados ou indocumentados, que possuíam residência permanente e vínculo estreito de relações trabalhistas e familiares com a República Dominicana¹²²²”. Além disso, a Comissão, entre outras considerações, fez referência a¹²²³:

1220 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. *Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: fev. 2020. Pela redação dos artigos, estabelecem-se respectivamente, os prazos sobre a questão posta em consideração pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e as competências e funções sendo somente os Estados Partes e a Comissão aptos a submeter casos à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1221 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2014, Série C No. 282. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/>>. Acesso em: fev. 2020.

1222 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2014, Série C No. 282. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/>>. Acesso em: fev. 2020.

1223 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2014, Série C No. 282. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/>>. Acesso em: fev. 2020.

a) “impedimentos existentes para conceder a nacionalidade às pessoas nascidas em território dominicano, apesar da adoção do Estado pelo princípio de *jus soli*”¹²²⁴; b) que “o Estado não apresentou informação que corroborasse que o procedimento de repatriação, vigente no momento dos fatos, tenha sido aplicado efetivamente às [supostas] vítimas”; e c) que às supostas vítimas “não foi fornecida assistência jurídica, nem tiveram a possibilidade de recorrer da decisão adotada, nem existiu uma ordem da autoridade competente, independente e imparcial que decidisse sobre a sua deportação”, nem o Estado “indicou o recurso específico ao qual poderiam ter invocado as [supostas] vítimas para proteger seus direitos”. Ademais, segundo a Comissão, “durante sua detenção arbitrária e expulsão, [...] não tiveram a oportunidade de apresentar essa documentação, e, nos casos em que foi apresentada, esta foi destruída pelos oficiais dominicanos”, o que implicou que as supostas vítimas se “viram privadas de comprovar sua existência física e sua personalidade jurídica”. Ademais, “durante a detenção, as [supostas] vítimas não receberam água, alimentos e nem assistência médica, e sua expulsão provocou o desenraizamento, o desmembramento dos laços e da estrutura familiar, e afetou o normal desenvolvimento das relações familiares, inclusive para os novos membros da família”¹²²⁵.

3. TRÂMITE PERANTE A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O trâmite perante a Comissão interamericana de Direitos Humanos dá-se nos seguintes moldes:

a) A petição inicial, de 12 de novembro de 1999, foi apresentada pela Clínica de Direitos Humanos da Escola de Direito da Universidade de Berkeley na Califórnia (*Boalt Hall*), pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional e pela Coalizão Nacional pelos Direitos dos Haitianos. Em 08 de maio de 2000, a Comissão abriu oficialmente o caso 12.271. Em 30 de janeiro de 2002, os representantes apresentaram um adendo à petição em favor de 28 pessoas, com o propósito de litigar o mérito do presente caso. Durante a etapa de mérito, as supostas vítimas foram representadas pelo CEJIL, pela Clínica de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Columbia, pelo Grupo de Apoio aos Repatriados e Refugiados e pelo Movimento de Mulheres Dominico-Haitianas.

1224 Segundo Costica Dumbrava, a esmagadora maioria das pessoas no mundo adquire cidadania no nascimento através da descendência dos cidadãos (*jus sanguinis*) ou através do nascimento no país (*jus soli*). Estes dois métodos de aquisição de cidadania não são mutuamente exclusivos porque as pessoas podem simultaneamente adquirir cidadania devido ao nascimento em determinado território e também através de sua descendência. Sobre isso ver: DUMBRAVA, Costica. *Kick off contribution. Bloodlines and belonging: time to abandon ius sanguinis?* In: DUMBRAVA, Costica; BAUBOCK, Rainer. *Bloodlines and belonging: time to abandon ius sanguinis?* Italy: European University Institute, 2015, p. 1- 5. O que chama atenção no caso em tela é que por mais que a República Dominicana siga o critério *ius soli*, que preconiza a concessão de nacionalidade pelo local de nascimento, percebe-se latente o número de expulsões envolvendo cidadãos de origem haitiana.

1225 Informações extraídas da decisão. Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2014, Série C No. 282. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/>>. Acesso em: fev. 2020.

b) Relatório de Admissibilidade. Em 13 de outubro de 2005, a Comissão aprovou o relatório de Admissibilidade nº 68/05.

c) Relatório de Mérito. Em 29 de março de 2012, a Comissão emitiu o Relatório de Mérito nº 64/12, em conformidade com o artigo 50 da Convenção Americana, apresentando a seguinte: i) conclusão - a Comissão entendeu que a República Dominicana é responsável pela violação:

Dos direitos à personalidade jurídica, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às garantias judiciais, à proteção à família, aos direitos da criança, à nacionalidade, à propriedade, de circulação e de residência, à igualdade e a não discriminação, e à proteção judicial, consagrados nos artigos 3, 5, 7, 8, 17, 19, 20, 21, 22.1, 22.5, 22.9, 24 e 25 da Convenção Americana, [respectivamente] em relação ao artigo 1.1 [do mesmo instrumento], em detrimento de Benito Tide Méndez, Willian Medina Ferreras, Lilia Jean Pierre, Awilda Medina, Luis Ney Medina, Carolina Isabel Medina, Jeanty Fils-Aimé, Janise Midi, Nené Fils-Aimé, Diane Fils-Aimé, Antonio Fils-Aimé, Marilobi Fils-Aimé, Endry Fils-Aimé, Andren Fils-Aimé, Juan Fils-Aimé, Bersson Gelin, Ana Virginia Nolasco, Ana Lidia Sensión, Reyita Antonia Sensión, Andrea Alezy, Rafaelito Pérez Charles, Víctor Jean, Marlene Mesidor, Markenson Jean, Victoria Jean, Miguel Jean e Natalie Jean. Assim, a Comissão concluiu que o Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5 da Convenção, [...] e o direito à proteção da família, consagrado no artigo 17 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 [...], em detrimento de “Carmen Méndez, Aita Méndez, Domingo Méndez, Rosa Méndez, José Méndez, Teresita Méndez, Carolina Fils-Aimé, María Esthel [Matos] Medina [...], Jairo Pérez Medina, Gimena Pérez Medina, Antonio Sensión, Ana Dileidy Sensión, Maximiliano Sensión, Emiliano Mache Sensión, Analideire Sensión [Julie Sainlice], Jamson Gelin, Faica Gelim, Kenson Gelim, Jessica Jean e Víctor Manuel Jean”¹²²⁶.

ii) Recomendações. A Comissão Interamericana recomendou ao Estado¹²²⁷:

1. Permitir que todas as vítimas que ainda se encontrem no território do Haiti possam regressar ao território da República Dominicana.

2. Implementar as medidas necessárias para:

a) Reconhecer a nacionalidade dominicana dos indivíduos: Benito Tide Méndez, Willian Medina Ferreras, Awilda Medina, Luis Ney Medina, Ana Lidia Sensión, Reyita Antonia Sensión, Rafaelito Pérez Charles, Miguel Jean, Victoria Jean e Natali Jean e entregar ou substituir toda a documentação necessária que os certifique como nacionais dominicanos.

b) Entregar a Nené Fils-Aimé, Diane Fils-Aimé, Antonio Fils-Aimé, Marilobi, Endry Fils-Aimé, Andren Fils-Aimé, Juan Fils-Aimé, Bersson Gelin e Víctor Jean a documentação necessária para certificar seu nascimento em território dominicano e avançar nos trâmites correspondentes ao reconhecimento de sua nacionalidade dominicana.

1226 Informações de acordo com o detalhamento do Relatório de Mérito. Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2014, Série C No. 282. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/>>. Acesso em: fev. 2020.

1227 Dados extraídos da decisão. Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2014, Série C No. 282. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/>>. Acesso em: fev. 2020.

c) Que Lilia Jean Pierre, Janise Midi, Carolina Fils-Aimé, Ana Virginia Nolasco, Andrea Alezy, Marlene Mesidor e Markenson Jean e nacionais haitianos possam permanecer legalmente em território dominicano com suas famílias.

3. Pagar uma indenização integral às vítimas ou seus sucessores, se for o caso, que compreenda dano material e moral causado e os bens que as vítimas deixaram na República Dominicana no momento de sua expulsão.

4. Reconhecer publicamente, garantindo mecanismos adequados de difusão, as violações declaradas no presente caso.

5. Adotar medidas de não repetição que:

a) Assegurem a cessação das expulsões coletivas e a adequação dos processos de repatriação aos padrões internacionais de direitos humanos estabelecidos no relatório de mérito, em especial, garantindo o princípio da igualdade e da não discriminação e levando em consideração as obrigações específicas em relação às crianças e às mulheres.

b) Incluam a revisão da legislação interna sobre registro e concessão de nacionalidade de pessoas de descendência haitiana nascidas em território dominicano e a revogação daqueles dispositivos que, de maneira direta ou indireta, tenham um impacto discriminatório, baseado nas características raciais ou a origem nacional, levando em conta o princípio de *ius soli* recepcionado pelo Estado, a obrigação estatal de prevenir a apatridia e os padrões internacionais do direito internacional dos direitos humanos aplicáveis.

6. Implementar medidas efetivas para erradicar a prática de batidas ou ações de controle migratório, baseada em perfis raciais.

7. Garantir que as autoridades dominicanas que realizem funções migratórias recebam uma formação intensiva em direitos humanos para garantir que, no cumprimento de suas funções, respeitem e protejam os direitos fundamentais de todas as pessoas, sem qualquer discriminação por motivo de raça, cor, idioma, nacionalidade, etnia ou outra condição social.

8. Investigar os fatos do caso, determinar os responsáveis pelas violações comprovadas e estabelecer as sanções pertinentes.

9. Estabelecer recursos judiciais efetivos para casos de violação de direitos humanos, no marco dos procedimentos de expulsão ou de deportação¹²²⁸.

4. ENCAMINHAMENTO PARA A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O encaminhamento para a Corte Interamericana de Direitos Humanos deu-se a partir dos seguintes procedimentos¹²²⁹:

1228 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2014, Série C No. 282. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/>>. Acesso em: fev. 2020.

1229 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2014, Série C No. 282. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/>>. Acesso em: fev. 2020.

a) Notificação ao Estado. O Relatório de Mérito foi notificado à República Dominicana mediante comunicado de 12 de abril de 2012, no qual estabelecia um prazo de dois meses para que informasse sobre o cumprimento das recomendações. A Comissão afirmou que o prazo transcorreu sem que o Estado desse cumprimento às recomendações e, portanto, submeteu o caso à Corte em virtude da necessidade de obter justiça ou uma justa reparação.

b) Submissão à Corte. Em 12 de julho de 2012, a Comissão submeteu à jurisdição da Corte os fatos e violações de direitos humanos descritos no Relatório de Mérito “que continuaram desde a aceitação pela República Dominicana da competência contenciosa deste Tribunal em 25 de março de 1999”. A Comissão Interamericana designou como delegadas a Comissária Rosa María Ortiz, e a sua Secretaria Executiva Adjunta Elizabeth Abi-Mershed, e como assessoras jurídicas Isabel Madariaga Cuneo e Tatiana Gos, advogadas da Secretaria Executiva.

5. VIOLAÇÃO DE NORMAS INTERNACIONAIS

a) Solicitações da Comissão Interamericana. Ante o exposto, a Comissão solicitou à Corte que declare a violação dos seguintes artigos: 3º (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica), 5º (Direito à Integridade Pessoal), 7º (Direito à Liberdade Pessoal), 8º (Garantias Judiciais), 17º (Proteção da Família), 19º (Direitos da Criança), 20º (Direito à Nacionalidade), 21º (Direito a Propriedade Privada), 22º, 1, 22º, 5 e 22º, 9 (Direito de Circulação e de Residência), 24º (Igualdade perante a Lei) e 25º (Proteção Judicial) da Convenção, em relação ao artigo 1º, 1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) do mesmo instrumento. Por outro lado, a Comissão solicitou ao Tribunal que ordenasse ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação¹²³⁰.

6. TRÂNSITO ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL

A República Dominicana assinou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) em julho de 1977, que foi posteriormente ratificada pela República Dominicana mediante a Resolução nº 739 de dezembro de 1977 do Congresso Nacional¹²³¹.

O país também recepcionou a competência contenciosa da Corte Interamericana em março de 1999, reconhecendo-a como obrigatória, de pleno direito e por

1230 Dados extraídos da decisão. Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2014, Série C No. 282. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/>>. Acesso em: fev. 2020.

1231 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. *Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos*, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: fev. 2020.

tempo indeterminado, em todos os casos que possuam relação com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana. Dispõe o texto da Convenção : “toda pessoa tem o direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, estendendo essa interpretação às crianças¹²³²”.

Segundo enunciado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, todas as pessoas dominicanas de ascendência haitiana ou aquelas percebidas como tais sofrem discriminação que as priva do gozo e exercício de direitos humanos. Além da violação ao direito à nacionalidade, sua privação tem refletido nas violações de direitos civis, políticos, sociais e econômicos.

Para Paulo Tarso Moura Freitas, o sistema global de proteção aos direitos humanos é a estrutura internacional, composta por pactos, tratados, convenções, declarações, comissões, que contêm mecanismos apropriados de acompanhamento, fiscalização e cobrança de informações dos países signatários acerca das ações protetivas e afirmativas de tutela dos direitos humanos¹²³³.

Ainda quanto ao trânsito entre o direito interno e o direito internacional, importante referir que, assim como o sistema global¹²³⁴, o sistema interamericano também não conta com um instrumento que aborde todas as questões que são inerentes aos direitos humanos dos migrantes¹²³⁵. Contudo, salvo raras exceções relacionadas aos direitos políticos, todos os direitos humanos previstos para a proteção de um indivíduo enquanto pessoa também se aplicam aos migrantes. Dessa forma, o não nacional que esteja no território dos Estados integrantes do referido sistema poderá sempre buscar a tutela de seus direitos com base no direito interamericano dos direitos humanos¹²³⁶.

7. CONTEXTO DA DECISÃO ASSINALADO PELA CORTE

A Comissão e os representantes alegaram, vinculando aos fatos deste caso, a existência de um contexto de discriminação da população haitiana e de ascendência haitiana na República Dominicana. Assinalaram também que isto inclui a prática de expulsões coletivas e, referente às pessoas de ascendência haitiana que nasceram em território dominicano, à denegação do acesso à documentação de identificação pessoal.

1232 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. *Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos*, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: fev. 2020.

1233 FREITAS, Paulo Tarso Moura. *O Sistema Global e os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos no plano Internacional*. Disponível em: <<https://paulotarsomoura.jusbrasil.com.br/artigos/308108836/o-sistema-global-e-os-sistemas-regionais-de-protecao-aos-direitos-humanos-no-plano-internacional>>. Acesso em: fev. 2020.

1234 FREITAS, Paulo Tarso Moura. *O Sistema Global e os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos no plano Internacional*. Disponível em: <<https://paulotarsomoura.jusbrasil.com.br/artigos/308108836/o-sistema-global-e-os-sistemas-regionais-de-protecao-aos-direitos-humanos-no-plano-internacional>>. Acesso em: fev. 2020.

1235 MOREIRA, T. O. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. Curitiba: Instituto Memória, 2019, p. 316.

1236 MOREIRA, T. O. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. Curitiba: Instituto Memória, 2019, p. 316.

Importante ressaltar que tal caso inaugurou as discussões a respeito do fenômeno da chamada desnacionalização de pessoas.

Matthew J. Gibney em seu artigo sobre o tema no *The Oxford Handbook of Citizenship*, menciona que a prática e o poder de desnacionalizar um indivíduo ganhou força nos últimos anos frente aos que promovem práticas terroristas¹²³⁷. Portanto, o poder da desnacionalização tem sido historicamente visto como um corolário simples do direito do Estado de decidir quem ele deve admitir como membro, isso porque muitos países percebem a concessão de nacionalidade como um privilégio¹²³⁸. Todavia, no caso por ora analisado não restam dúvidas dos equívocos da discricionariedade adotada uma vez que ofendem aos próprios critérios estabelecidos pela República Dominicana.

Sobre isso, Daniela Menegotti Gonçalves Ribeiro e Rodrigo Ichikawa Claro Silva, demarcam, a República Dominicana despojou a nacionalidade de milhares de dominicanos de origem haitiana, sob o pretexto de que seus ascendentes haitianos eram migrantes irregulares no país¹²³⁹.

Para os autores, a apatridia de pessoas que se veem envolvidas neste processo de desnacionalização, enseja a privação arbitrária da nacionalidade dominicana e da personalidade jurídica e gera uma nítida discriminação racial, privando-as, por consequência, do gozo e exercício de direitos civis, políticos, sociais e econômicos¹²⁴⁰.

O Estado rejeitou tais alegações. Levando em consideração as alegações das partes e da Comissão, e sua pertinência com relação aos fatos do caso, a Corte considera pertinente examinar o contexto aludido.

Nesse sentido, Doron Shultziner complementa ao mencionar que o conceito de dignidade humana tornou-se cada vez mais predominante em termos jurídicos, morais e discursos filosóficos¹²⁴¹. No entanto, tanto quanto as funções linguísticas do conceito se tornaram generalizadas, seus significados tornaram-se ambíguos e confusos, reforçando que tais fenômenos aludidos à República Dominicana não possam mais ocorrer.

Nesta senda, a Corte recorda ao longo da sentença que, no exercício de sua jurisdição contenciosa, tomou ciência de diversos contextos históricos, sociais e políticos que permitiram situar os fatos alegados como violações da Convenção Americana no

1237 GIBNEY, Matthew J. Denationalization. In: SACHAR, Ayelet; BAUBÖCK, Rainer; BLOEMRAAD, Irene; VINK, Maarten. *The Oxford Handbook of Citizenship*, p. 358-396, 2017. Disponível em: <<https://www.oxfordhandbooks.com/>>. Acesso em: fev. 2020.

1238 GIBNEY, Matthew J. Denationalization. In: SACHAR, Ayelet; BAUBÖCK, Rainer; BLOEMRAAD, Irene; VINK, Maarten. *The Oxford Handbook of Citizenship*, p. 358-396, 2017. Disponível em: <<https://www.oxfordhandbooks.com/>>. Acesso em: fev. 2020.

1239 RIBEIRO, Daniela Mengotti Gonçalves; SILVA, Rodrigo Ichikawa Claro. A desnacionalização e as violações de direitos humanos na República Dominicana. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 330-347.

1240 RIBEIRO, Daniela Mengotti Gonçalves; SILVA, Rodrigo Ichikawa Claro. A desnacionalização e as violações de direitos humanos na República Dominicana. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 330-347.

1241 SHULTZINER, Doron. Human Dignity - Functions and meanings. *Global Jurist Topics by The Bekerley Eletronic Press*, Volume 3, Issue 3, Article 3, 2003, p. 1 - 24. Disponível em: <<http://www.bepress.com/gj/topics/vol3/iss3/art3>>. Acesso em: fev. 2020.

marco das circunstâncias específicas em que ocorreram. Além disso, em alguns casos, o contexto possibilitou a caracterização dos fatos como parte de um padrão sistemático de violações aos direitos humanos, que foi levado em consideração para a determinação da responsabilidade internacional do Estado¹²⁴².

Tendo em vista os aspectos pertinentes relacionados ao presente caso, a Corte faz referência a¹²⁴³: a) a situação socioeconômica da população haitiana na República Dominicana e a alegada discriminação contra ela; b) a aludida problemática para a obtenção de documentos de identidade para as pessoas dominicanas de ascendência haitiana, e c) a alegada existência de uma prática sistemática de expulsões coletivas de cidadãos haitianos e dominicanos de ascendência haitiana. Porquanto, a Corte considerou a informação referente aos antecedentes destas práticas, sua aplicação durante o período em que se alega que ocorreram os fatos do presente caso.

8. BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DO INSTITUTO DA NACIONALIDADE NO BRASIL

Desde os primórdios dos estudos em direito internacional, o tema da nacionalidade já insurgia como um instituto relevante a ser estudado. Para Pontes de Miranda em seu Tratado de Direito Internacional Privado, o nobre jurista já reconhecia seu protagonismo no ordenamento jurídico e que eventual situação de apatridia por retirada da mesma, merecia devida atenção. Ele abordava a nacionalidade como princípio fundamental do direito internacional¹²⁴⁴, sendo o primeiro dado a ser procurado, o Estado a qual pertence a pessoa. Reproduzem-se suas palavras *in verbis*:

Dado, este, tão importante que, faltando, deve ser adotada, pelo Estado cujo juiz examina a questão, para que não fiquem sem lei que as reja a pessoa e as situações pessoais sobre que teria de recair a lei nacional de algum estado¹²⁴⁵.

Nos enfrentamentos pós-modernos acerca do instituto, Carmen Tiburcio coloca que a nacionalidade pode ser definida sob a ótica jurídico-política ou sociológica, embora usualmente a distinção não seja facilmente perceptível, na medida em que um significado não exclui necessariamente o outro. Nessa sua acepção inicial, a nacionalidade pode ser definida como um status. Já em sua acepção sociológica, nacionalidade é o sentimento de fazer parte determinado grupo (*Zugehörigkeit*). Em regra, este grupo

1242 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2014, Série C No. 282. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/>>. Acesso em: fev. 2020.

1243 Dados extraídos da decisão. Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. República Dominicana*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de agosto de 2014, Série C No. 282. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/>>. Acesso em: fev. 2020.

1244 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito internacional privado*. Tomo I - fundamentos- parte geral. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 1935, p. 191.

1245 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito internacional privado*. Tomo I - fundamentos- parte geral. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 1935, p. 191.

ostenta alguns atributos em comum, além da origem, tais como língua, território, instituições políticas, costumes e religião¹²⁴⁶.

Tem-se que o sentimento de ser parte de uma nação, em termos étnicos, culturais ou linguísticos, pode existir antes da ligação política ser nacionalizada, isto é, antes da criação do Estado¹²⁴⁷. A ideia de nacionalidade, contudo, não compreende apenas a noção de um grupo homogêneo, animado por atributos comuns. Requer, também, a busca de sua expressão no que é considerada a maior forma de atividade organizada, o Estado soberano¹²⁴⁸. Sobre isso, Étienne Pataut fala inclusive, que a nacionalidade é um elemento de relação internacional entre os Estados¹²⁴⁹. Assim sendo, a nacionalidade é um estado de espírito que corresponde ou esforça-se para corresponder a um fato político.

Pela comparação das definições, pode-se observar, na última, a acentuação do papel do indivíduo na relação, na medida em que se admite a existência do sentimento de nacionalidade antes mesmo da criação formal do Estado. Por outro lado, em sua acepção jurídico-política, adotada pela *Harvard Research in International Law*, se requer, como pressuposto da existência da nacionalidade, que a relação entre o indivíduo e o Estado seja formalmente reconhecida. Desse modo, frente a tal definição não é suficiente que o indivíduo se considere nacional de determinado Estado. Faz-se imperativo o reconhecimento expresso e formal do vínculo¹²⁵⁰.

Carmen Tiburcio vai além e se utiliza da percepção de Paul Lagarde para fazer algumas diferenciações. Segundo ela, Paul Lagarde funde ambas as definições, atribuindo duas dimensões ao conceito de nacionalidade. Na dimensão vertical figura a ligação entre o indivíduo e o Estado ao qual se pertence pela qual o indivíduo tem deveres (lealdade, serviço militar, etc.) e direitos (por exemplo, proteção diplomática). Já a dimensão horizontal compreende o indivíduo na qualidade de membro de determinada comunidade, integrante do povo que forma o Estado¹²⁵¹.

No tocante, é de se observar ainda que apenas o Estado pode outorgar ao indivíduo o status de seu nacional. É dizer: as leis de cada Estado irão estabelecer quem será considerado como seu nacional com a exclusão de todos os demais, a despeito de terem vínculos com aquele Estado. Neste caminho, como coloca Grandino Rodas, o Brasil

1246 TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. *Cosmopolitan Law Journal*, Rio de Janeiro, UERJ, v. 2, n. 1, 2014, p. 131-167.

1247 Por este motivo defende-se a existência da cidadania etnocultural, apoiada em noções de pertencimento que justamente encontram amparo na lógica preliminar de identificação anterior ao reconhecimento de determinada nacionalidade. Sobre isso ver: PARMEGGIANI, Tatiana B. *Cidadania da União Europeia no processo de europeização*: em defesa da cidadania pós-nacional. Belo Horizonte: Arraes, 2020.

1248 TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. *Cosmopolitan Law Journal*, Rio de Janeiro, UERJ, v. 2, n. 1, 2014, p. 131-167.

1249 PATAUT, Étienne. *La nationalité en déclin*. Paris: Odile Jacob, 2014, p. 20.

1250 TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. *Cosmopolitan Law Journal*, Rio de Janeiro, UERJ, v. 2, n. 1, 2014, p. 131-167.

1251 TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. *Cosmopolitan Law Journal*, Rio de Janeiro, UERJ, v. 2, n. 1, 2014, p. 131-167.

preserva uma tradição constitucional com mais de cento e cinquenta anos, plantada entre nós desde os tempos da Constituição Imperial de 1824, através da valorização do princípio territorial na aquisição originária da nacionalidade brasileira, cujo princípio hoje, dispõe de uma combinação com o critério sanguíneo¹²⁵².

Observa-se, portanto, a respeito da determinação e da perda da nacionalidade brasileira a exegese do art. 12 da Constituição Federal¹²⁵³ que consigna:

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

§ 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

§ 2º A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

§ 3º São privativos de brasileiro nato os cargos:

I - de Presidente e Vice-Presidente da República;

II - de Presidente da Câmara dos Deputados;

III - de Presidente do Senado Federal;

IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V - da carreira diplomática;

1252 RODAS, João Grandino. A nacionalidade da pessoa física na Constituição brasileira de 1988. In: MAEKELT, Tatiana B.; BARRIOS, Haydée (Orgs). *Libro-homenaje a Haroldo Valladão*. Caracas: Universidad Central de Venezuela - Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1997, p. 421-466.

1253 BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*, publicação de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: fev. 2020.

VI - de oficial das Forças Armadas;

VII - de Ministro de Estado da Defesa.

§ 4º Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:

a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;

b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

Portanto, a nacionalidade é um direito fundamental da pessoa humana, o qual concede ao nacional, nato ou naturalizado, direitos e deveres em relação ao país ao qual está vinculado. Doutrinariamente, a nacionalidade brasileira é dividida em: primária (ou originária) e secundária ou adquirida. A nacionalidade primária, também conhecida como originária, é inerente ao brasileiro nato, resultante do nascimento, e é estabelecida através de critérios territoriais, sanguíneos ou ambos¹²⁵⁴.

O Estado brasileiro recepciona dois critérios para a atribuição de nacionalidade originária, sendo eles o (a) *ius sanguinis*, que atribui à nacionalidade brasileira a todo descendente de brasileiro, independente do local do nascimento, desde que respeitados os critérios preestabelecidos na Constituição Federal e (b) *ius solis*, que atribui à nacionalidade brasileira àqueles que nascerem no território brasileiro, independente da nacionalidade de seus ascendentes¹²⁵⁵. Todavia, Tatiana Waisberg ressalta que o critério *ius sanguinis* não opera como um critério puro¹²⁵⁶. Segundo a autora, se aceita a mescla dos critérios haja vista a observância do critério da extraterritorialidade para filhos de brasileiros nascidos no estrangeiro¹²⁵⁷.

Já a nacionalidade secundária ou adquirida é típica dos brasileiros naturalizados, que a adquirem por vontade própria, após o nascimento. Lembra Carmen Tiburcio que para que ela seja concedida, é necessária a observância de determinadas condições, tais como exercício de profissão ou posse de bens suficientes à manutenção própria e da família, ser registrado como permanente no Brasil, ler e escrever a língua portuguesa, dentre outras¹²⁵⁸.

1254 TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. *Cosmopolitan Law Journal*, Rio de Janeiro, UERJ, v. 2, n. 1, 2014, p. 131-167.

1255 TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. *Cosmopolitan Law Journal*, Rio de Janeiro, UERJ, v. 2, n. 1, 2014, p. 131-167.

1256 WAISBERG, Tatiana. *Manual de direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2013, p. 55.

1257 WAISBERG, Tatiana. *Manual de direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2013, p. 55.

1258 TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. *Cosmopolitan Law Journal*, Rio de Janeiro, UERJ, v. 2, n. 1, 2014, p. 131-167.

Neste ínterim, cumpre invocar os ensinamentos de Florisbal de Souza Del'Olmo e Augusto Jaeger Junior, os quais observam que o direito à nacionalidade está também amparado em relevantes instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, por mais que o regime da nacionalidade verse sobre direito material interno¹²⁵⁹.

A nacionalidade, assim como pode ser adquirida, também pode ser perdida. O brasileiro naturalizado perderá a nacionalidade se vier a lesar o interesse nacional e tiver o ato da naturalização cancelado por meio de sentença judicial. Já o brasileiro nato poderá perdê-la caso adquira outra nacionalidade voluntariamente, em determinadas circunstâncias especiais. Com efeito, a possibilidade da perda da nacionalidade brasileira por simples aquisição de outra estrangeira é ponto polêmico, decorrendo da interpretação fria da constituição, em total dissonância com a prática administrativa na matéria¹²⁶⁰.

De fato, a perda da nacionalidade brasileira nesses casos decorre exclusivamente da vontade deste em abandonar sua nacionalidade originária. Não há um ato de ofício do governo brasileiro visando extirpar da sua nacionalidade daqueles que adquiriram também uma outra. Ao contrário, a perda da nacionalidade é um processo complexo quase sempre de iniciativa do próprio brasileiro afetado pela decisão¹²⁶¹.

Salienta-se, contudo, que se a aquisição desta outra nacionalidade por brasileiros natos for por consanguinidade, ou seja, por ascendência ou ainda por imposição do governo para exercício dos direitos civis ou como condição para permanecer naquele território, não acarreta perda da nacionalidade brasileira (que é o caso, por exemplo, da cumulação de nacionalidades originárias)¹²⁶². Insere-se aqui o fenômeno da dupla nacionalidade, em que o indivíduo é tratado como sujeito misto, uma vez que estão presentes duas soberanias ou duas legislações que a partir de critérios diferentes, atribuem nacionalidade a tal pessoa¹²⁶³.

Assim, as modalidades previstas na Constituição Federal para a perda do direito de nacionalidade são do cancelamento da naturalização por sentença judicial ou a aquisição de nova nacionalidade¹²⁶⁴ (à exceção do binacional que atenda ao critério sanguíneo). Em caso de perda da nacionalidade brasileira, o interessado poderá readquiri-la se estiver

1259 DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de direito internacional privado*. 12 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 103-104.

1260 TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. *Cosmopolitan Law Journal*, Rio de Janeiro, UERJ, v. 2, n. 1, 2014, p. 131-167.

1261 TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. *Cosmopolitan Law Journal*, Rio de Janeiro, UERJ, v. 2, n. 1, 2014, p. 131-167.

1262 TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. *Cosmopolitan Law Journal*, Rio de Janeiro, UERJ, v. 2, n. 1, 2014, p. 131-167.

1263 DUFOUR, Ferdinand Marc. *La double nationalité*. Lausanne: La Concorde, 1933, p. 16. Sobre isso ver também: PARMEGGIANI, Tatiana B. Dupla nacionalidade como elemento de conexão no direito internacional privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016, p. 291-308.

1264 WAISBERG, Tatiana. *Manual de direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2013, p. 61.

domiciliado no Brasil. Para tanto, é necessário que esteja em situação regular no país, não sendo necessário o visto permanente para postular a re aquisição da nacionalidade¹²⁶⁵.

Para Jacob Dolinger, o brasileiro, tanto nato quanto naturalizado que tenha perdido a nacionalidade brasileira, pode readquiri-la de conformidade com art. 76 da Nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017¹²⁶⁶). Ressalta-se ainda que, durante a vigência da Lei n. 818, discutia a doutrina se a re aquisição é uma naturalização específica para ex-brasileiros ou se permite que se retorne ao status anterior. Na primeira hipótese então, o brasileiro nato que perde a nacionalidade, pela re aquisição passa a ser brasileiro naturalizado. Para uma segunda corrente doutrinária, mais benéfica ao indivíduo, o brasileiro nato que deixa de ser brasileiro readquire o seu status de nato¹²⁶⁷.

Assim, diante do exposto, verifica-se que o direito internacional reconhece, em princípio, a competência dos Estados na normatização da aquisição e perda da sua nacionalidade, prescrevendo as necessárias limitações nesses casos, com o que impede, por exemplo, a supressão da categoria de estrangeiros pela concessão irrestrita e indiscriminada da nacionalidade¹²⁶⁸, buscando-se diminuir a tendência excessiva legislação da nacionalidade pelos ordenamentos internos, que, na primeira metade do século passado, defendiam a competência exclusiva do instituto pelo Estado¹²⁶⁹.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face à análise do Caso *Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas c. República Dominicana* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos fica evidente as tensões migratórias entre República Dominicana e Haiti. Entende-se que ocupando diferentes lados da mesma ilha, haitianos sempre tiveram dificuldades no acesso a serviços básicos na República Dominicana, uma realidade que remonta desde o início da migração de *braceros*, designação que faz referência ao trabalho nas plantações de cana-de-açúcar dominicanas¹²⁷⁰. O cenário exacerba a sua gravidade, uma vez que os indivíduos são organizados em guetos raciais dentro das próprias cidades da República Dominicana¹²⁷¹.

1265 TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. *Cosmopolitan Law Journal*, Rio de Janeiro, UERJ, v. 2, n. 1, 2014, p. 131-167.

1266 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 153 e ss.

1267 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 153 e ss.

1268 DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de direito internacional privado*. 12 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 105.

1269 DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de direito internacional privado*. 12 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 105.

1270 BERNARDES, Pedro Henrique Dias Alves. A apatridia dentro do regime interamericano de direitos humanos: o caso de dominicanos de ascendência haitiana. *Anais do II Simpósio Internacional Pensar e Repensar a América Latina*. São Paulo, Universidade de São Paulo, 2016, p. 1-15; WOODING, Bridget; MORSELEY-WILLIAMS, Richard. *Immigrantes haitianos y dominicanos de ascendência haitiana en la República Dominicana*. Santo Domingo: Cooperación Internacional para el Desarrollo [CID], 2004.

1271 BERNARDES, Pedro Henrique Dias Alves. A apatridia dentro do regime interamericano de direitos humanos: o caso de dominicanos de ascendência haitiana. *Anais do II Simpósio Internacional Pensar e Repensar a América Latina*. São Paulo, Universidade de São Paulo, 2016, p. 1-15.

O histórico de discriminação contra descendentes de haitianos atingiu o seu ápice com a revogação de suas nacionalidades – legitimada pelo Estado dominicano – cujo impacto é incalculável, principalmente por ser multigeracional. Visto que nenhum dos dois países ratificou a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas e a Convenção para Reduzir os Casos de Apatridia¹²⁷², indivíduos que se encontram nessa categoria correm sérios riscos de terem seus direitos mais fundamentais negados, tais como o acesso à educação, a empregos formais e serviços de saúde adequados¹²⁷³.

Como Ernst Isay, no famoso *Curso da Academia de Direito Internacional da Haia* em 1924 assinalou, a noção de Estado contém três elementos: a população, o território e as autoridades públicas¹²⁷⁴, porém, nada justifica a perpetuação de preconceitos de determinado grupo de pessoas que exerce sua vontade em um território limitado, promovendo assim, mazelas sociais de alto preço cultural.

Conforme visto nos breves comentários tecidos à realidade brasileira e seu tratamento da nacionalidade, depreende-se que a concessão desse *status* jurídico a determinado indivíduo ainda atende aos anseios de soberania, mas que se busca diminuir a tendência exacerbada na legislação da nacionalidade. Todavia, latente demarcar que a doutrina hoje já reforça a orientação de que um estrangeiro ou migrante é sujeito de direitos, merecendo um tratamento equiparado ao do nacional brasileiro, respeitando-se as exceções trazidas pela Constituição Federal¹²⁷⁵.

Sendo assim, a consideração dos direitos humanos nesta seara tem à frente o desafio da inteligência da complexidade do desenvolvimento dos direitos na América Latina, uma dinâmica marcada pela tensão frente ao duplo movimento de direitos com bem sublinhou Paulo Weyl: “de um lado a pressão exercida pela globalização econômica pela supressão de direitos, de outro, o movimento histórico de positivação dos direitos humanos, combinado com o fortalecimento de sistemas internacionais de proteção¹²⁷⁶”.

Portanto, valendo-se das palavras de Pedro Henrique Dias Alves Bernardes, não se pode permitir que compromissos internacionais de proteção aos Direitos Humanos sejam quebrados arbitrariamente, especialmente no que se refere à nacionalidade daqueles que sempre consideraram a República Dominicana como sua nação e seu lar¹²⁷⁷.

1272 ACNUR. *Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas*. Aprovada em Nova Iorque em 28 de setembro de 1954. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BDL/Convencao_sobre_o_Estatuto_dos_Apatridas_de_1954.pdf>. Acesso em: fev. 2020.

1273 BERNARDES, Pedro Henrique Dias Alves. A apatridia dentro do regime interamericano de direitos humanos: o caso de dominicanos de ascendência haitiana. *Anais do II Simpósio Internacional Pensar e Repensar a América Latina*. São Paulo, Universidade de São Paulo, 2016, p. 1-15.

1274 ISAY, E. La nationalité. *Recueil des Cours. La Haye: Académie de Droit International de La Haye*, vol. IV, p. 429-469, 1924.

1275 ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 444.

1276 WEYL, Paulo. América Latina: entre a afirmação e a permanência da violação dos direitos humanos. *Revista Latinoamericana de Direitos Humanos da Universidade Federal do Pará*, n. 1, julho de 2010, p. 85-92. Disponível em: <<https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu>>. Acesso em: fev. 2020.

1277 BERNARDES, Pedro Henrique Dias Alves. A apatridia dentro do regime interamericano de direitos humanos: o

Agora apátridas, tais indivíduos se encontram no espaço literal e figurativo entre duas nações que dividem, junto com sua ilha, um passado marcado por hostilidades¹²⁷⁸, ensejando um movimento de repúdio a tal prática segregacionista.

BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BERNARDES, Pedro Henrique Dias Alves. A apatridia dentro do regime interamericano de direitos humanos: o caso de dominicanos de ascendência haitiana. *Anais do II Simpósio Internacional Pensar e Repensar a América Latina*. São Paulo, Universidade de São Paulo, 2016, p. 1-15.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Curso de direito internacional privado*. 12 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

DUFOUR, Ferdinand Marc. *La double nationalité*. Lausanne: La Concorde, 1933.

DUMBRAVA, Costica; BAUBÖCK, Rainer. *Bloodlines and belonging: time to abandon ius sanguinis?* Italy: European University Institute, 2015.

DUMBRAVA, Costica. *Kick off contribution. Bloodlines and belonging: time to abandon ius sanguinis?* In: DUMBRAVA, Costica; BAUBÖCK, Rainer. *Bloodlines and belonging: time to abandon ius sanguinis?* Italy: European University Institute, 2015.

FREITAS, Paulo Tarso Moura. *O Sistema Global e os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos no plano Internacional*. Disponível em: <<https://paulotarsomoura.jusbrasil.com.br/artigos/308108836/o-sistema-global-e-os-sistemas-regionais-de-protecao-aos-direitos-humanos-no-plano-internacional>>. Acesso em: fev. 2020.

GIBNEY, Matthew J. Denationalization. In: SACHAR, Ayelet; BAUBÖCK, Rainer; BLOEMRAAD, Irene; VINK, Maarten. *The Oxford Handbook of Citizenship*, p. 358-396, 2017. Disponível em: <<https://www.oxfordhandbooks.com/>>. Acesso em: fev. 2020.

ISAY, E. La nationalité. *Recueil des Cours*. La Haye: Académie de Droit International de La Haye, vol. IV, p. 429-469, 1924.

LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. *Refugiados e apátridas no direito internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

MORAES, Thaís Guedes Alcoforado de. “O Haiti não é aqui”: apatridia na República Dominicana e o direito humano à nacionalidade. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília. Orientação de Inez Lopes. Brasília, 2017. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/24071/1/2017_Tha%C3%ADsGuedesAlcoforADsGuedesAl.pdf>. Acesso em: fev. 2020.

MOREIRA, T. O. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

NASH ROJAS, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Chile: Centro de Derechos Humanos, 2012.

PARMEGGIANI, Tatiana B. *Cidadania da União Europeia no processo de europeização: em defesa da cidadania pós-nacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2020.

caso de dominicanos de ascendência haitiana. *Anais do II Simpósio Internacional Pensar e Repensar a América Latina*. São Paulo, Universidade de São Paulo, 2016, p. 1-15.

1278 BERNARDES, Pedro Henrique Dias Alves. A apatridia dentro do regime interamericano de direitos humanos: o caso de dominicanos de ascendência haitiana. *Anais do II Simpósio Internacional Pensar e Repensar a América Latina*. São Paulo, Universidade de São Paulo, 2016, p. 1-15.

PARMEGGIANI, Tatiana B. Dupla nacionalidade como elemento de conexão no direito internacional privado da União Europeia. In: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um regulamento Roma Zero*. Porto Alegre: Editora RJR, 2016, p. 291-308.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito internacional privado*. Tomo I - fundamentos - parte geral. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 1935.

RIBEIRO, Daniela Mengotti Gonçalves; SILVA, Rodrigo Ichikawa Claro. A desnacionalização e as violações de direitos humanos na República Dominicana. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 330-347.

RODAS, João Grandino. A nacionalidade da pessoa física na Constituição brasileira de 1988. In: MAEKELT, Tatiana B.; BARRIOS, Haydée (Orgs). *Libro-homenaje a Haroldo Valladão*. Caracas: Universidad Central de Venezuela - Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1997, p. 421-466.

SHULTIZNER, Doron. Human Dignity - Functions and meanings. *Global Jurist Topics by The Bekerley Eletronic Press*, Volume 3, Issue 3, Article 3, 2003, p. 1 - 24. Disponível em: <<http://www.bepress.com/gj/topics/vol3/iss3/art3>>. Acesso em: fev. 2020.

TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. *Cosmopolitan Law Journal*, Rio de Janeiro, UERJ, v. 2, n. 1, 2014, p. 131-167.

WAISBERG, Tatiana. *Manual de direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2013.

WEYL, Paulo. América Latina: entre a afirmação e a permanência da violação dos direitos humanos. *Revista Latinoamericana de Direitos Humanos da Universidade Federal do Pará*, n. 1, julho de 2010, p. 85-92. Disponível em: <<https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu>>. Acesso em: fev. 2020.

WOODING, Bridget; MORSELEY-WILLIAMS, Richard. *Inmigrantes haitianos y dominicanos de ascendência haitiana en la República Dominicana*. Santo Domingo: Cooperación Internacional para el Desarrollo [CID], 2004.

O DIREITO CONVENCIONAL DE LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO E RESIDÊNCIA DIANTE DO FENÔMENO DOS DESLOCAMENTOS FORÇADOS INTERNOS NA COLÔMBIA: UM ESTUDO SOBRE O DESENVOLVIMENTO DOS PARÂMETROS INTERAMERICANOS

Isabel Penido de Campos Machado

RESUMO: O artigo trata da possibilidade de atribuição de responsabilidade internacional pelos deslocamentos forçados causados por grupos paramilitares na Colômbia, com base na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Para tanto, a pesquisa aborda o regime jurídico da responsabilidade internacional e examina a sua aplicação aos casos colombianos julgados pela Corte Interamericana sobre o tema. Pela análise da evolução da jurisprudência, sustenta-se que os deslocamentos forçados internos se consolidaram como potencial forma de violação ao direito convencional de liberdade de circulação e residência. Como conclusão, observa-se que a jurisprudência desenvolvida a partir dos casos colombianos tem impactado positivamente tanto para remediar a situação de violação detectada naquele Estado, como também para consolidar parâmetros interamericanos sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: deslocamentos forçados internos, direito de circulação e residência, Corte Interamericana.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os contornos e limites do regime jurídico de atribuição de responsabilidade internacional do Estado; 3. O desenvolvimento da responsabilidade internacional nos casos colombianos; 3.1 O contexto colombiano segundo a perspectiva da Corte IDH; 3.2 Casos precursores que trataram do conflito colombiano sem abordar a questão dos deslocamentos forçados internos; 3.3 Casos que trataram expressamente sobre os deslocamentos forçados (direito de residência e liberdade de circulação) em face de atos imputáveis diretamente ao Estado; 3.4 Casos que trataram sobre os deslocamentos forçados em face de atos perpetrados por atos de grupos paramilitares com apoio e suporte do Estado; 4. A responsabilidade internacional diante do impacto especial dos deslocamentos forçados internos em grupos vulneráveis; 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A Colômbia enfrenta, desde a década de sessenta, um violento conflito armado não internacional, em razão da disputa por poder entre grupos liberais, conservadores e socialistas, sendo todos eles também paralelamente impactados com a ascensão do narcotráfico.¹²⁷⁹

¹²⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacre de Pueblo Bello c. Colombia*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, sentencia de 31 de janeiro de 2006, Série C No. 140.

A partir da década de oitenta, a escalada de violência foi elevada, quando o controle de parte do território foi tomado pelas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia - Exército do Povo (doravante FARC- EP), sendo que algumas áreas foram tomadas por grupos de extrema direita, disseminados pelos seus “Departamentos”. As autodenominadas “Autodefesas Unidas da Colômbia” (doravante AUC)¹²⁸⁰ foram um dos grupos paramilitares mais disseminados. A disputa pelo domínio dos territórios e a perseguição aos grupos rivais tem ensejado, desde então, o deslocamento forçado¹²⁸¹ da população camponesa, o que inclui povos tradicionais como comunidades indígenas e povos afrodescendentes com especial cosmovisão. Esses deslocamentos forçados se iniciaram a partir da formação de fluxos internos, sendo que também foi observada a criação de fluxos de refúgio em vários países vizinhos, como Venezuela, Brasil, Equador, dentre outros (MOREIRA, 2005, p. 67).

O estudo da situação da Colômbia (ACNUR, 2017) é exemplificativo de como a circulação de pessoas entre fronteiras e a tutela jurídica da mobilidade humana é um tema relevante para compreensão dos problemas jurídicos contemporâneos. Sem dúvidas, o desenvolvimento do Direito Internacional dos Refugiados tem contribuído para a compreensão de que a circulação de pessoas nem sempre se origina de escolhas ou projetos de vida, sendo muitas vezes a única alternativa para garantir a sobrevivência em face de conflitos e perseguição no interior de um Estado (MILESI, 2017). Nesse sentido, a imposição de deveres protetivos para os demais entes da comunidade internacional tem permitido o desenvolvimento de um regime de proteção voltado a garantir a sobrevivência e a não devolução forçada ao país de origem (DUBLAC, 2004, p. 405).

Apesar de ser um ponto de partida relevantíssimo, o estudo dos deslocamentos forçados a partir do Direito dos Refugiados e do Direito Internacional Humanitário, não é capaz de esgotar a abordagem sobre o tema. Ademais, esses ramos não desenvolvem parâmetros exaustivos sobre as obrigações do Estado de origem para garantir o direito de retornar ao local de residência habitual, se este for o desejo da pessoa em situação de deslocamento. Neste ponto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem também contribuído para o desenvolvimento dos contornos jurídicos da proibição dos deslocamentos forçados a partir do direito à residência e de liberdade de locomoção. No cenário regional interamericano, tal direito foi consagrado no artigo 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante CADH). Ao longo dos últimos trinta anos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) tem discussões muito intensas em relação aos casos da Colômbia e sobre a possibilidade de atribuição de responsabilidade internacional pela falha no dever de proteger e garantir

1280 C.f. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacres de Ituango c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 1 de julho de 2006, Série C No. 148.

1281 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidades afrodescendientes desplazadas da bacia do Rio Cacarica c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 20 de novembro de 2013, Série C No. 270.

determinados grupos vulneráveis em face de ato de seus próprios agentes e de atores não estatais (como grupos paramilitares). Por essa razão, o presente artigo se debruçará sobre o mencionado contexto para analisar o desenvolvimento da jurisprudência da Corte IDH sobre o tema.

2. OS CONTORNOS E LIMITES DO REGIME JURÍDICO DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) é o instrumento central do Sistema Interamericano. Adotada em 1969 e em vigor desde 1978, o tratado estabelece os contornos das instituições que compõem o sistema regional (Corte e Comissão Interamericana), cria deveres gerais e específicos aos Estados Parte, reconhece uma lista de direitos humanos (a serem complementados e integrados por aqueles reconhecidos nos demais tratados posteriormente adotados) e dispõe sobre normas de procedimento.

Desde a criação da Corte Interamericana (Corte IDH) o sistema de petições individuais passou a ser uma das forças motrizes em âmbito regional para propiciar a proteção de direitos humanos. Por meio deste, os Estados que ratificaram a CADH e que reconhecem a competência contenciosa da Corte, podem ser submetidos a um processo judicial interamericano, composto de duas etapas (uma etapa preliminar perante o órgão quase-judicial e a etapa judicial propriamente dita), no qual se busca apurar a sua eventual responsabilidade internacional por violações às normas de direitos humanos insculpidas nos tratados do SIPDH por ele ratificados (RAMOS, 2015, p. 223).

Desde os casos iniciais¹²⁸², a Corte tem se pronunciado sobre contornos de sua competência, aclarando os limites do exercício de sua jurisdição. No âmbito da competência em razão da matéria, resta consolidado o entendimento sobre a impossibilidade de aplicar diretamente outros tratados extrínsecos ao sistema regional aos casos concretos¹²⁸³. Sem prejuízo, no âmbito de sua atividade interpretativa, o tribunal invoca esses “outros tratados” de direitos humanos e demais instrumentos de *soft law* para interpretar o sentido e o alcance da Convenção Americana, com amparo no seu art. 29 (b).¹²⁸⁴

Além disso, tem sido enfatizado que o referido tribunal não tem jurisdição penal, razão pela qual não julga a eventual responsabilidade internacional de indivíduos, no

1282 C.f.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Exceções Preliminares, sentença de 26 de junho de 1987, Série C No. 1, §§ 28-30; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Fairén Garbi e Solís Corrales c. Honduras*, Exceções Preliminares, sentença de 26 de junho de 1987, Série C No. 2, §§ 33-35; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Godínez Cruz c. Honduras*, Exceções Preliminares, sentença de 26 de junho de 1987, Série C No. 3, §§ 31-33.

1283 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Las Palmeras c. Colômbia*, Exceções Preliminares, sentença de 04 de fevereiro de 2000, Série C No. 67, §32-33.

1284 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Outros tratados*” objeto da função consultiva da Corte, Opinião Consultiva OC-1/82. 24 de setembro de 1982, Série A No. 1, §§41-43.

contexto das violações de direitos humanos.¹²⁸⁵ Nesta mesma linha, outra limitação, de enorme relevância para o presente estudo, diz respeito à limitação *rationae personae* no polo passivo do processo interamericano. A propósito, a Corte IDH julga a responsabilidade internacional dos Estados-Parte, sendo que sua jurisdição não abrange a responsabilização de empresas transnacionais, grupos econômicos locais, indivíduos ou grupos de indivíduos.¹²⁸⁶ Neste sentido, ainda que as violações possam ser originárias de atores não estatais, o foco do processo tem por objeto verificar se o Estado demandado deixou de cumprir suas obrigações convencionais relativas às violações que lhe são imputadas.

Apesar de a questão da responsabilidade internacional do Estado ser o foco central do sistema de petições individuais no âmbito do SIPDH, a Convenção Americana, em nenhum de seus 82 (oitenta e dois) artigos emprega o termo “responsabilidade” de forma explícita. Neste sentido, o art. 63(1) da CADH, que é usado como fundamento legal para o pedido de responsabilidade internacional, não menciona a categoria como tal.¹²⁸⁷ Conforme se depreende da redação do dispositivo colacionado acima, a Convenção destacou, como categorias jurídicas: os “direitos protegidos”, as “violações” (descumprimento dos deveres) e as “reparações”. Há um vácuo em relação à menção ao instituto jurídico que estabelece os pressupostos para a atribuição das violações de direitos ao Estado. A reticência em relação à assunção da referida categoria não é acidental e tampouco é uma lacuna específica do sistema interamericano.

Na verdade, a responsabilidade é um dos temas mais controversos do Direito Internacional Geral que, em razão das disputas sobre os seus contornos jurídicos, ainda permanece pendente de codificação (SOARES, 2001, p. 723). Na verdade, por muitas décadas, a Comissão de Direito Internacional (CDI) tem empregado esforços significativos para a sistematização das fontes do Direito Internacional já estabelecidas em relação ao tema (HARRIS, 1998, p. 484). Verifica-se que alguns pontos de discussão já integram a prática reiterada dos estados e a noção de que determinadas normas seriam vinculantes (*opinio juris*), razão pela qual se sustenta a existência de um costume internacional¹²⁸⁸ sobre alguns pontos da matéria (FAILDE, 2017, p. 37). De outro lado, pontos como a natureza jurídica da responsabilidade internacional (objetiva/subjetiva) ainda são passíveis de disputa, o que impede o avanço da codificação da matéria (SOARES, 2001, p. 716).

1285 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Mérito, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, § 134-135; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Responsabilidad internacional por expedición e aplicación de leis de violação da Convenção* (arts. 1º e 2º da Convenção Americana sobre Derechos Humanos). Opinião Consultiva OC-14/94, 9 de dezembro de 1994, Serie A No. 14, § 56.

1286 *Id.*

1287 Segundo a CADH: “Art. 63 (1) - Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

1288 Corte Internacional de Justicia, *Proyecto Gabčíkovo- Nagymaros (Hungria c. Eslováquia)*, Julgamento, ICJ Reports 1997, Mérito, sentencia de 25 de setembro de 1997, § 52.

Em 2001, a *International Law Commission* (ILC, 2001) finalmente publicou um Anteprojeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado (*Draft Articles on State Responsibility*) com o objetivo de avançar na proposta de criação de um tratado sobre o tema. Desde então, o referido documento tem sido invocado como parâmetro interpretativo para análise dos contornos da responsabilidade internacional. Inclusive, em algumas ocasiões, o anteprojeto já foi apontado como representação da sistematização do costume internacional sobre a matéria. No âmbito regional, a Corte Interamericana, por diversas vezes, o invoca para análise da aplicação do art. 63(1) da CADH.¹²⁸⁹

Segundo o *Anteprojeto*, o Estado pode ser internacionalmente responsabilizado por atos internacionais ilícitos (art. 1º), que compreendem tanto “ações” quanto “omissões” que “artigo 2(a) lhe possam ser imputáveis de acordo com o Direito Internacional, (b) constituam uma violação de uma obrigação internacional do Estado” (ILC, 2001). Na sequência, o documento passa a analisar quais atos/omissões podem ser atribuídas ao Estado, seja pela conduta de seus órgãos, de seus agentes (mesmo que agindo em excesso ou em desacordo com os poderes conferidos), órgãos não governamentais que praticam atos no exercício de competência delegada em nome do Estado e de órgãos de um Estado estrangeiro colocados à disposição de determinado Estado, dentre outros.

Sobre a possibilidade de imputação de responsabilidade por ato de grupos particulares, o art. 8º do Anteprojeto estabelece que “a conduta de uma pessoa ou grupo de pessoas será considerada um ato de um Estado com base no Direito Internacional se a pessoa ou o grupo de pessoas estiver, de fato, agindo com base em instruções de, ou sob a direção ou controle do referido Estado” (ILC, 2001).

Alternativamente, “(...)a conduta de uma pessoa ou grupo de pessoas será considerada um ato de Estado pelo Direito Internacional se a pessoa ou grupo de pessoas estiver, de fato, exercendo elementos de autoridade governamental na ausência ou falta das autoridades e nas circunstâncias em que se invoque o exercício de tais elementos de poder” (ILC, art. 9º). Ademais, também pode ser atribuída a responsabilidade internacional ao Estado por atos de grupos insurgentes que eventualmente venham a tomar o poder governamental (ILC, art. 10).

Da leitura dos artigos do Anteprojeto, verificam-se duas classificações de extrema importância: a responsabilidade internacional por ação e por omissão; além da responsabilidade direta (atores estatais) e indireta (atores não estatais). Por óbvio, essas classificações se inter-relacionam e se completam, diante do espectro de combinações possíveis.

1289 A título exemplificativo, no caso do massacre de Maripipán, os artigos de responsabilidade internacional oriundos do Draft adotado pela CDI são invocados não apenas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como também pela própria defesa do Estado Colombiano, o que é indicativo do amplo reconhecimento que o documento possui, no mínimo como fonte material de direito. C.f. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Massacre de Maripipán c. Colômbia*, sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 15 de setembro de 2005, Série C No. 134, §10.

Também chama atenção as questões polêmicas que passam ao largo da tentativa de codificação: em especial, o debate sobre a natureza da responsabilidade internacional: se objetiva (teoria do risco) ou subjetiva (baseada na noção de ato ilícito). Guido Soares assim diferencia os regimes:

(...) No sistema da responsabilidade objetiva, por estar afastada a noção de ilícito (pois se trata de determinar as consequências de atos lícitos, porém com efeitos danosos), não se necessita do pressuposto da definição do que seja lícito e, portanto, o dever de reparar está inerente na própria definição da conduta tipificada na norma, ou em outras palavras, o dever de reparar é a própria obrigação primária (...). (SOARES, 2001, p. 716)

Por sua vez:

(...) No sistema da responsabilidade subjetiva ou por culpa, há uma operação dupla: uma prévia, para analisar a ocorrência da inadimplência de uma norma, constante de um sistema de normas que instituem direitos e deveres (...), e uma segunda, para buscar um outro sistema de normas de conteúdo específico (que definem as obrigações ditas secundárias, consistentes em um dever de reparar) as consequências das violações das primeiras. Portanto, as hipóteses de incidência das normas de responsabilidade ditam subjetiva têm como condição lógica prévia a existência de uma obrigação primária (pois não se pode atribuir as consequências de um ilícito, se não houver uma norma que defina o que é ilícito). (SOARES, 2001, p. 716)

Ainda que a ILC (2001) não seja clara sobre a opção eleita, pela leitura do Anteprojeto tudo indica que o modelo que prevaleceu se aproxima mais da noção de responsabilidade subjetiva, fundada na ideia de ato ilícito.

Essa disputa sobre a natureza da responsabilidade estatal é herança da discussão proveniente do direito interno, tendo em vista que, em última análise, a preocupação central é sobre o foco a ser dado: se na conduta (ação ou omissão) ou no dano suportado.

De uma forma geral, em razão da enorme influência do Direito Privado no desenvolvimento das diversas teorias jurídicas, prevalecia a ideia de responsabilidade atrelada ao ato jurídico que lhe deu causa (ação ou omissão). Contudo, especialmente em face das contribuições oriundas do Direito Ambiental, verifica-se que a vida em sociedade impõe vários riscos compartilhados em razão de avanços tecnológicos, exercício de atividades empresariais, dentre outros. Esses riscos podem ensejar danos concentrados e suportados por poucas pessoas, grupos de pessoas ou regiões, que devem ser compartilhados socialmente em razão da ideia de solidariedade. A partir daí surge uma noção de responsabilidade atrelada ao dano suportado e da ideia de compartilhamento desse ônus (BARACHO JUNIOR, 1996). O desenvolvimento da teoria objetiva nos casos de danos ambientais e danos nucleares rapidamente tem reflexos no Direito Internacional Ambiental, a partir da adoção de tratados que assumem a ideia de responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco (SOARES, 2001, p. 716).

Ocorre que, ainda que exista uma enorme interface entre o Direito Internacional Ambiental e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, os tratados de direitos humanos (como a CADH) não adotaram expressamente tal *approach*. Contudo, tanto a Corte Europeia, quanto a Corte Interamericana tem lidado com vários casos que envolvem a violação ao direito ao meio ambiente saudável, que seria implícito à proteção conferida ao direito à vida privada (MACHADO, 2011, p. 7642).

Em que pese a ausência de clareza sobre o caminho seguido, vários casos já demonstram que também o regime de proteção de direitos humanos tem se aproximado da ideia de responsabilidade objetiva, diante da natureza das obrigações de direitos humanos (TRINDADE, 2007, p. 226). De toda forma, ainda que as fronteiras da natureza da responsabilidade internacional ainda permaneçam um pouco indefinidas, os mecanismos de proteção de direitos humanos desenvolveram um regime jurídico voltado a avaliar as violações das obrigações primárias assumidas nos tratados de direitos humanos. Nesse sentido, a classificação das obrigações assumidas pelos Estados tem sido consolidada nos deveres de respeitar, proteger e garantir os direitos protegidos.¹²⁹⁰

O dever de respeitar, previsto no art. 1(1) da CADH, implica na imposição ao Estado da obrigação de não praticar atos violatórios aos direitos consagrados por meio de seus órgãos e agentes. Por sua vez, o dever de garantir (ONU, 1990) implica na imposição da obrigação de permitir a plena fruição dos direitos consagrados a todas as pessoas, sem discriminação alguma (CADH, art. 1.1, 2ª parte); bem como o dever de adotar medidas legislativas, administrativas e judiciais para que o Ordenamento se torne compatível com as obrigações internacionais assumidas (CADH, art. 2º). Trata-se do dever de incorporação dos parâmetros interamericanos. No caso *Godínez Cruz c. Honduras*, a Corte IDH entendeu que a obrigação de garantir inclui o dever de garantir uma investigação imparcial e efetiva, sancionar e punir os responsáveis por graves violações de direitos humanos.¹²⁹¹ Já em *Almonacid Arellano c. Chile*¹²⁹², destacou-se que, do dever de garantia se depreende o “controle de convencionalidade”, segundo o qual os órgãos estatais tem o dever de interpretar o Direito Interno à luz da Convenção Americana e demais tratados do sistema, com a adoção dos parâmetros tal como interpretados pela Corte Interamericana, que é a guardiã daquele tratado.

Por sua vez, o dever de proteger impõe ao Estado a obrigação de agir positivamente para evitar que terceiros violem direitos humanos, conforme a sua dimensão horizontal (LEDESMA, 2004, p. 10). Muitas vezes, o Estado cria ou incrementa o risco a que determinadas pessoas ou grupos de pessoas estão expostas. Neste caso, o dever de

1290 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Mérito, sentença de 29 de julho de 1988, Série C No. 4, §§173-182.

1291 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Godínez Cruz c. Honduras*, Mérito, sentença de 20 de janeiro de 1989, Série C No. 5, §182.

1292 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Almonacid Arellano e outros c. Chile*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de setembro de 2006, Série C No. 154, §124-125.

proteger torna-se qualificado, exigindo várias obrigações adicionais para garantia dos direitos de tais grupos.

A natureza objetiva das obrigações de direitos humanos, para Cançado Trindade (2006, p. 226) ensejaria um regime especial e diferenciado de proteção, próximo ao raciocínio defendido para a caracterização de responsabilidade objetiva. A leitura dos casos colombianos permite entender que se, de um lado, várias violações são diretamente imputáveis ao Estado (por ações e omissões de seus agentes), por outro, alguns grupos suportaram de forma mais acentuada as consequências e o impacto do violento conflito armado não internacionalizado. Especialmente em relação aos eventos dos deslocamentos interno forçados, muitas vezes o raciocínio empregado se aproxima da noção de responsabilidade objetiva, o que pode pavimentar, a longo prazo, um caminho de mudança para a própria construção do instituto de responsabilidade internacional, no âmbito dos direitos humanos.

3. O DESENVOLVIMENTO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL NOS CASOS COLOMBIANOS

3.1 O CONTEXTO COLOMBIANO SEGUNDO A PERSPECTIVA DA CORTE IDH

O processo interamericano para atribuição de responsabilidade internacional não visa apenas a fixação de reparações para as vítimas diretas e seus familiares. Ao longo dos anos, o litígio internacional e as sentenças que dele derivam tem contribuído para visibilizar o registro histórico de violências estatais que ficaram encobertas na época em que foram perpetradas. Em razão disso, a Corte IDH sempre declara¹²⁹³ que a própria sentença, *per se*, já é uma forma de reparação, seguindo uma tradição que já vinha sendo adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos¹²⁹⁴.

Tal consideração revela uma ousada ambição - não sem riscos- de reconstrução de uma verdade histórica a partir das provas produzidas no curso do procedimento interamericano. Desde o início do exercício da atividade jurisdicional da Corte, tal anseio foi colocado em cheque pela falta de cooperação dos Estados no fornecimento de dados sobre as violações que lhes eram imputadas (MACHADO, 2006). Não há qualquer surpresa: a América Latina do final do século XX enfrentava períodos de ditaduras e democracias em “estado de sítio” (RAMOS, 2015, p. 218). Os Estados buscavam “varrer para debaixo do tapete” as violências perpetradas, fomentadas e toleradas. Como

1293 Por todos: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cantoral Benavides c. Perú*, Reparaciones e costas, sentencia de 03 de dezembro de 2001. Série C No. 88, §24.

1294 C.f. Corte Europeia de Derechos Humanos, *Boner c. Reino Unido*, n.º 18711/91, 28 de outubro de 1994, §46; Corte Europeia de Derechos Humanos, *Darby c. Suécia*, n.º 11581/85, 23 de Outubro de 1990, §40; Corte Europeia de Derechos Humanos, *Ruiz Torija c. Espanha*, n.º 8692/79, 9 de Dezembro de 1994, §33.

estratégia, a Corte IDH passou a analisar o contexto geral das violações e avaliar se os casos concretos que lhe eram enviados se encaixavam naqueles determinados padrões, invertendo o *onus probandi* para que os Estados (reais detentores de informações relevantes) demonstrassem que aqueles fatos não derivavam do padrão geral de violações (MACHADO, 2006).

Os riscos de aplicação de presunções judiciais no contexto de uma busca pela “verdade histórica” no curso dos processos são evidentes. Não necessariamente todos os fatos e todas as perspectivas são levadas à Corte nos variados casos analisados. Afinal, toda história depende da perspectiva do seu narrador. Vários atores relevantes, senão decisivos para a configuração de eventuais violações, não tiveram e não terão o *status* de parte ou o espaço para que suas vozes fossem ouvidas no curso do procedimento. Essa realidade torna difícil a aspiração em se reconstruir a verdade histórica por meio de um procedimento judicial interamericano.

Por outro lado, não há dúvidas de que a pressão externa causada por um processo internacional, aliada à militância interna da sociedade civil, contribui para que os Estados apresentem dados outrora ocultados ou não sistematizados sobre as suas condutas, opções políticas, produção normativa, administrativa e judicial. (SANCHEZ; UPPRIMNY, 2011, p. 129 *et seq.*)

No caso colombiano, a reconstrução dos fatos e do contexto geral, pela jurisprudência da Corte IDH levou em conta, desde o início, a combinação de atos normativos internos, sentenças dos tribunais e da Corte Constitucional, além de vários informes e relatórios apresentados por organismos internacionais e agências especializadas.¹²⁹⁵

É incontestável que, a partir da segunda metade do século passado, a Colômbia tem vivenciado um conflito armado de caráter não internacional¹²⁹⁶, nos termos das definições oriundas do Direito Internacional Humanitário.¹²⁹⁷ Esse contexto envolve atos de violência de vários atores contra a população civil, a saber: grupos de insurgentes (M-19, FARC-EP, etc), grupos paramilitares (em especial da AUC), grupos de narcotraficantes agindo isoladamente ou aliados a alguns dos dois primeiros, bem como exército e polícia nacional.

Apesar dos múltiplos focos de violência, a análise dos precedentes selecionados permite verificar que a maioria dos casos que chegaram à Corte IDH se referem à violência relativa a atos de paramilitares, com apoio e suporte do exército colombiano.

1295 A título exemplificativo, c.f. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacre de Mapiripán c. Colômbia*, Sentença de 15 de setembro de 2005, Série C No. 134; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia*, Sentença de 31 de janeiro de 2006, Série C No. 140; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacres de Ituango c. Colômbia*, Sentença de 1 de julho de 2006. Série C No. 148.

1296 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacres de Ituango c. Colômbia*, Sentença de 1 de julho de 2006, Série C No. 148, §114.

1297 Em especial, do Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra de 1949.

Ao analisar os casos oriundos do conflito da Colômbia, não é possível afirmar que a Corte IDH tenha realizado uma reconstrução histórica a ponto de responder a todas as lacunas sobre as violências suportadas pela população civil. A sua contribuição, sem dúvidas, foi a de fomentar que o plano interno criasse e implementasse mecanismos e estruturas para que o próprio povo colombiano tivesse acesso aos fragmentos históricos ocorridos, promovendo o direito à verdade, tal como tem sido buscado por meio dos novos mecanismos de justiça de transição. Ainda assim, os casos analisados contribuíram para estabelecer e jogar luzes concretas à relação existente entre o Estado e os grupos paramilitares, permitindo a construção da imputação de responsabilidade internacional do Estado, como parte do processo de tentativa de reestabelecimento da paz (ainda não alcançada em sua integralidade).

Como ponto de partida para a reconstrução do contexto geral, a Corte IDH tem considerado como prova contextual que, nos anos sessenta, no auge da Guerra Fria, houve a ascensão de vários grupos insurgentes que questionavam a legitimidade dos governantes, da distribuição de renda e de terras e da política externa alinhada aos Estados Unidos.¹²⁹⁸ Alguns desses grupos se organizaram nas regiões rurais e no entorno de algumas cidades, em forma de “guerrilha”, realizando ofensivas contra instituições estatais e políticas. Esse cenário que levou a declaração de “Estado de Sítio”, com a adoção do Decreto 3398/1965, que admitia a criação de “grupos civis de autodefesa”, com o objetivo de defender a população dos ataques dos “grupos guerrilheiros”.¹²⁹⁹ Esse Decreto, adotado em caráter provisório, adquiriu caráter permanente a partir de 1968, permitindo que o exército colombiano desse apoio logístico a esses grupos, além da permissão da concessão de permissão para porte de armas de uso privativo das forças armadas.¹³⁰⁰ Assim, verifica-se que, nesse período inicial, o Estado legitimou a criação de grupos de “autodefesa”, dando-lhe suporte e treinamento.¹³⁰¹

Posteriormente, na década de oitenta, com a escalada do conflito interno, os referidos grupos de autodefesa se converteram em grupos paramilitares de extrema direita, sendo que os objetivos ultrapassaram a ideia de autodefesa, transformando-se também em estratégias de ataque e erradicação dos grupos de esquerda, com o apoio do Exército.¹³⁰² Contudo, diante de inúmeros massacres (vários deles consolidados em casos julgados pela Corte Interamericana) contra a população civil, a legitimidade de tais grupos passou a ser colocada em cheque, o que culminou na adoção do Decreto 0815/1989, que expressamente consignou que os referidos grupos estariam a atuar “a margem da lei

1298 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *19 Comerciantes c. Colômbia*, Mérito, reparações e custas, sentença de 05 de julho de 2004, Série C No. 109, § 84-a.

1299 *Id.*, § 84,a-b.

1300 *Id.*, No. 109, §84,a-c.

1301 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Valle Jaramillo y outros c. Colômbia*, Mérito, reparações e custas, sentença de 27 de novembro de 2008, Série C No. 192, §80.

1302 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *19 Comerciantes c. Colômbia*, Mérito, Reparaciones e Custas, sentença de 05 de julho de 2004, Série C No. 109, § 84, d.

e da Constituição”, sendo que também a Corte Suprema de Justiça declarou inexecutável o dispositivo que previa autorização para porte de armas de uso privativo das forças armadas para civis.¹³⁰³ Posteriormente, o Decreto 1194/1989, criminaliza a conduta de associação para formação de grupos paramilitares, assim como instrução, treinamento ou fornecimento de equipamento aos mesmos.¹³⁰⁴

Apesar das medidas administrativas, legislativas e judiciais adotadas na tentativa de conter os referidos grupos paramilitares, na década de noventa estes continuaram a atuar de forma violenta contra o público alvo (supostos integrantes de movimentos insurgentes de esquerda), como também em face da população civil¹³⁰⁵ e de órgãos estatais encarregados de investigações e julgamento autônomos.¹³⁰⁶ Ainda que com baixo índice de êxito, várias são as ações judiciais e disciplinares, no âmbito interno, que buscaram traçar a relação de criação, apoio, fomento e atuação conjunta entre paramilitares e agentes estatais.¹³⁰⁷ Além disso, com a gradativa redução do financiamento pelo Estado, é reportado que os grupos paramilitares e também os grupos de guerrilha passaram a ser financiados pelo narcotráfico, o que desvirtuou vários dos objetivos ideológicos inicialmente propostos por ambos (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 2017).

Com base na mobilização da sociedade civil, das respostas estatais, das variadas sentenças da Corte Interamericana e dos demais mecanismos e órgãos de proteção dos direitos humanos, bem como pelos próprios provimentos jurisdicionais internos, a Colômbia passa por sucessivas tentativas de acordo de paz desde o final da década de 90.

Um grande divisor de águas foi a prolação da sentença T- 025 da Corte Constitucional Colômbia em 2004¹³⁰⁸, na qual se reconhece que a situação generalizada de deslocamentos forçados ensejava um “estado de coisas inconstitucional”. Então, é determinada a adoção de várias medidas estruturantes, bem como a criação de um mecanismo de monitoramento para acompanhar a implementação (GARAVITO; FRANCO, 2010).

Entre 2003 e 2006, foi adotado um processo de desmobilização dos paramilitares - “grupos que atuavam à margem da lei” (ACNUR, 2004). A partir da adoção da Lei de Paz e Justiça (2005), houve a previsão de redução de pena aos agentes que confessassem o envolvimento em crimes perpetrados (HUMAN RIGHTS WATCH, 2017). Essa

1303 *Id.*, §84-g.

1304 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *19 Comerciantes c. Colômbia*, Mérito, Reparaciones e Custas, sentencia de 5 de julio de 2004, Série C No. 109, § 84-h.

1305 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia*, Mérito, Reparaciones e Custas, sentencia de 31 de janeiro de 2006, Série C No. 140.

1306 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacre da Rochela c. Colômbia*, Mérito, reparaciones e custas, sentencia de 11 de maio de 2007, Série C No. 163.

1307 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *19 Comerciantes c. Colômbia*, Mérito, reparaciones e custas, sentencia de 05 de julho de 2004, Série C No. 109, §86.

1308 Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-025, Sala Terceira de Revisão, Bogotá, 22 jan 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 30 jun 2017.

desmobilização tem sido gradativa, sendo reportado que na atualidade há várias regiões ainda tomadas pelos grupos paramilitares, com incremento de violência e do fluxo de deslocamentos forçados internos (ACNUR, 2017).

Em 2016, um referendo nacional rejeitou um acordo de paz que vinha sendo construído com as FARC-EP (ACNUR, 2017). Apesar disso, em novembro de 2016, o referido acordo foi finalmente firmado, com a aprovação do Congresso. Entrou em vigor em dezembro de 2017 e tem sido uma experiência a ser acompanhada em matéria de justiça de transição¹³⁰⁹. Ainda que o cenário geral pareça positivo, vários defensores e defensoras de direitos humanos permanecem em situação de risco, sendo que os discursos extremistas ainda se fazem presentes. Neste sentido:

(...) La situación en Colombia siguió siendo volátil con constantes desplazamientos y violencia. En muchas partes del país, el aumento de la violencia generada por los nuevos actores armados está conllevando riesgos humanitarios y de protección, como asesinatos, reclutamiento forzado de menores de edad, violencia de género, acceso limitado a educación, agua, sanidad, así como restricciones de movilidad y desplazamiento forzado. Además han aumentado los flujos mixtos hacia el país debido al deterioro de la situación política y económica en otros países de la región. En Colombia han aumentado los riesgos de seguridad para los líderes sociales locales, afectando en particular a los líderes que han apoyado el proceso de paz en sus regiones, como los procesos judiciales contra la minería o los cultivos ilícitos, así como la promoción de las solicitudes de restitución de tierras.¹³¹⁰

Esse é, em linhas gerais, o pano de fundo pelo qual se desenvolveu o julgamento dos casos analisados, a seguir expostos.

O presente estudo analisou as 21 (vinte e uma) sentenças de mérito¹³¹¹ sobre casos colombianos julgados até fevereiro de 2020, relativos ao conflito interno vivenciado naquele Estado. O primeiro foi julgado em 1995 (caso *Caballero Delgado e Santana*), sendo que o último é de novembro de 2018 (caso *Omeara Carrascal*). Nota-se que os precedentes inicialmente enfocavam execuções extrajudiciais e desaparecimentos forçados diretamente imputáveis ao Estado Colombiano (exército e polícia), com enfoque em violações ao direito à vida, à integridade física e à liberdade de locomoção. Posteriormente, a discussão é ampliada para a violação ao direito de proteção judicial e acesso à justiça (artigos 8º e 25 da CADH), sendo que a questão dos deslocamentos forçados aparece a partir de 2005, em especial, com a contribuição dos casos que evidenciaram alguns dos massacres¹³¹² oriundos do conflito e o seu impacto nas vítimas sobreviventes.

1309 Os desafios do novo e interessante modelo de justiça transacional Colombiano não será abordado no presente estudo. Sobre o impacto do Acordo de Paz no deslocamento interno de lideranças, c.f.: CIDH, *Informe sobre a situação das pessoas defensoras de direitos humanos e líderes sociais na Colômbia*, 6 de dezembro de 2019. OAS, OEA/Ser.L/V/II, p. 31-45.

1310 *Id.*, p. 1-2.

1311 A lista de casos analisados consta nas próximas sessões.

1312 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacre de Mapiripán c. Colômbia*, Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C No. 134.

tes. O reconhecimento interno propiciado pela Corte Constitucional Colombiana, que enquadrou o deslocamento forçado como uma violação à direitos humanos, também fortaleceu os argumentos apresentados na esfera internacional (GARAVITO; FRANCO, 2010).

Dos 21 (vinte e um) casos colombianos analisados, 12 (doze) abordam diretamente a questão da responsabilidade internacional do Estado pela violação ao direito de circulação e residência (CADH, art. 22.1), em função dos deslocamentos forçados das vítimas. A análise foi subdividida por categorias, de forma a facilitar a visualização da evolução dos debates a partir dos temas submetidos à jurisdição da Corte.

3.2 CASOS PRECURSORES QUE TRATARAM DO CONFLITO COLOMBIANO SEM ABORDAR A QUESTÃO DOS DESLOCAMENTOS FORÇADOS INTERNOS

A primeira vez que a Corte analisou a situação colombiana foi a partir de *Caballero Delgado e Santana*, em 1995.¹³¹³ O caso versa sobre a detenção ilegal e posterior desaparecimento forçada de dois militantes do grupo de resistência armada denominado “M-19” (“Movimento 19 de abril”), levada a cabo no município de San Alberto, Departamento de César, em 1989.¹³¹⁴ Segundo consta, as vítimas teriam sido detidas por membros do exército, com o auxílio e colaboração de membros de grupo paramilitar.¹³¹⁵ As autoridades responsáveis pelos referidos centros de detenção negavam a ocorrência dos fatos, razão pela qual os familiares interpuseram várias medidas administrativas e judiciais, sendo que nenhuma delas logrou êxito em localizar os restos mortais ou sancionar os responsáveis.¹³¹⁶ Além de reforçar a jurisprudência sobre a responsabilidade internacional por desaparecimentos forçados que vinha se estabelecendo a partir dos casos hondurenhos, a grande contribuição do caso *Caballero Delgado* foi a de traçar a relação entre a violência estatal no cenário do conflito colombiano e o seu encobrimento a partir da violação ao direito de proteção judicial efetiva (CADH, art. 25) e garantias do devido processo (CADH, art. 8), em relação às vítimas diretas e indiretas (familiares). Desde então, a Corte IDH foi desenvolvendo padrões interamericanos sobre a “devida diligência nas investigações” nos casos colombianos, de forma a mensurar eventuais violações conjuntas aos referidos dispositivos.¹³¹⁷ Tal chave de análise é essencial para compreender a responsabilidade estatal por atos de seus agentes (a ausência de investigação é uma das estratégias de

1313 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caballero Delgado e Santana c. Colômbia*. Mérito, Sentença de 8 de dezembro de 1995. Série C No. 22.

1314 *Id.*

1315 *Id.*

1316 *Id.*

1317 Destaca-se que a Corte também já vinha desenvolvendo estes parâmetros em relação aos outros Estados Parte, sendo que o caso *Caballero Delgado* é o primeiro precedente em que estes são aplicados em relação à Colômbia.

encobrimento da própria violência estatal direta) e também por omissão (na falha do dever de investigar e sancionar violências perpetradas por ou com a contribuição de particulares). A luz deste contexto, é importante notar que a Corte IDH, apesar de enfrentar grande dificuldade probatória sobre os fatos (causada justamente pela fragilidade das investigações), detectou o *modus operandi* de colaboração entre as forças armadas colombianas e os grupos paramilitares. A propósito, destaca-se:

“(...) não obstante os diversos testemunhos rendidos perante este tribunal na audiência pública e na Colômbia, assim como nos processos internos tramitados neste país, diferem sobre o lugar e a hora de detenção, existem indícios suficientes para inferir a razoável conclusão de que a detenção e desaparecimento de Isidro Caballero Delgado e María del Carmen Santana foram efetuadas por pessoas que pertenciam ao exército colombiano e por vários civis que colaboraram com eles”.¹³¹⁸

Naquela ocasião, o juiz Nieto Navia prolatou voto dissidente questionando os critérios usados para a responsabilização internacional do Estado. A princípio, o juiz sustentava que o dever de investigar, extraído das obrigações oriundas do art. 1(1) da CADH, consistia em uma obrigação de meio e não de resultado. Para o referido magistrado, naquele caso, o estado Colombiano tinha investigado, apesar da dificuldade de êxito em relação ao resultado. O juiz sustentava que responsabilidade do Estado deveria se fundar apenas em razão de o Estado não ter reparado as vítimas - e não pelo descumprimento do dever de investigar. Além disso, o magistrado alertava que a Corte IDH teria adotado, implicitamente, um raciocínio de responsabilidade objetiva (baseada na teoria do risco), o que não seguia a linha proposta pelos parâmetros que estavam sendo desenvolvidos pela Comissão de Direito Internacional sobre a matéria.¹³¹⁹ O caso é anterior ao *Draft Articles on State Responsibility* (2001) que, na época, ainda estava em fase de debate na CDI. Contudo, percebe-se que as várias discussões e opções posteriormente adotadas pela CDI já integravam os debates e desconfortos sobre a natureza da responsabilidade quando da deliberação em casos concretos pelos tribunais internacionais.¹³²⁰

Outro precedente precursor é o caso *Las Palmeras*¹³²¹ (2001). Em 1991, o exército nacional, com o apoio da polícia, teria realizado uma operação militar para ataque a supostos integrantes das FARC-EP, no povoado de Las Palmeras, município de Mocoa,

1318 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caballero Delgado e Santana c. Colômbia*, Sentença de Mérito, 8 de dezembro de 1995, Série C No. 22, § 53, item b.

1319 A respeito, vide as ponderações trazidas no voto dissidente: “São bem conhecidas para os estudiosos as teorias sobre responsabilidade internacional dos estados que tem evoluído desde a teoria da falta, de Grócio, em que se atribui ao Estado elementos psicológicos próprios dos seres humanos, produto da identidade, em voga naquela época, do Estado com o seu governante, até a da falta de cumprimento na qual os fatos geradores de responsabilidade não somente devem ser ilícitos como também imputáveis ao Estado, passando por aquela teoria do risco de acordo com a qual a relação de causalidade entre o fato ilícito e o ato do Estado seria suficiente para gerar a sua responsabilidade. Os trabalhos de codificação adiantados no âmbito da Comissão de Direito Internacional não aceitam essa última tese e exigem como pressuposto para atribuir a responsabilidade internacional a imputabilidade”. In Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caballero Delgado e Santana c. Colômbia*, Sentença de Mérito, 08 de dezembro de 1995, voto dissidente do juiz Nieto Navia, Série C No. 22, p. 2.

1320 *Id.*, p. 2.

1321 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Las Palmeras C. Colômbia*, Sentença de Mérito, 6 de dezembro de 2001, Série C No. 90.

Departamento de Putumayo. Houve uma invasão da escola rural local, sendo que os agentes estatais detiveram e mataram sete pessoas, dentre eles adolescentes, sendo que o Estado posteriormente reconheceu que nenhuma das vítimas de fato pertencia ao grupo insurgente. Na sentença de exceções preliminares¹³²², pela primeira vez, a Corte IDH se manifestou sobre a sua competência para analisar as normas de Direito Internacional Humanitário, em especial as Convenções de Genebra e o seu Protocolo II. Na ocasião, a Corte destacou que não era competente *rationae materiae* para conhecer de violações diretas às Convenções de Genebra. Contudo, ressaltou que tais instrumentos poderiam ser invocados como parâmetros interpretativos para densificar o sentido e alcance dos direitos protegidos na CADH, no contexto de um conflito armado não internacional.¹³²³ Apesar de se tratar de morte de civis, os agentes estatais investigados foram julgados pela Justiça Militar, sendo posteriormente absolvidos. Em razão disso, foi declarada a responsabilidade internacional do Estado por violações ao direito à vida e à proteção judicial e garantias do devido processo em relação às vítimas.¹³²⁴

Posteriormente, no caso dos “19 Comerciantes”¹³²⁵ (2004), a Corte apreciou a ocorrência de uma chacina contra dezessete civis, em 1987, efetuada por grupos paramilitares, na Região do Magdalena Médio. As vítimas, comerciantes que atuavam na fronteira entre Colômbia e Venezuela, teriam sido detidos, assassinados e esquartejados, sendo os restos mortais lançados em um rio local. Na sequência, o grupo paramilitar ainda matou dois outros comerciantes que tinham procurado notícias dos dezessete primeiros.¹³²⁶ Apesar de terem intentado inúmeras iniciativas investigativas, os responsáveis não foram punidos.¹³²⁷ Além disso, na região, a relação entre os paramilitares e o exército eram tão intensas, que a tentativa de investigação imparcial e independente foi imediatamente interrompida com a realização de um outro massacre contra quinze membros de uma comissão judicial designada para investigar a morte dos 19 comerciantes. Esses fatos deram origem a uma outra sentença da Corte IDH: o caso *Massacre de la Rochela*¹³²⁸ (2007). Neste, membros do grupo paramilitar “Los Masetos” interceptaram e atiraram contra os veículos dos membros da referida comissão investigativa, ocasionando a morte de doze dos quinze membros.¹³²⁹ As investigações não foram conclusivas, sendo que, no momento das reparações, a Corte determinou que o Estado deveria “garantir que os funcionários judiciais, fiscais, investigadores e demais operadores de justiça contem com um sistema de segurança e proteção adequados, levando

1322 *Id.*

1323 *Id.*, §§32-33.

1324 *Id.*

1325 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *19 Comerciantes c. Colômbia*. Mérito, reparações e custas, sentença de , 05 de julho de 2004, Série C No. 109.

1326 *Id.*, §85.

1327 *Id.*, § 85

1328 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacre da Rochela c. Colômbia*, Mérito, reparações e custas, sentença de , 11 de maio de 2007, Série C No. 163.

1329 *Id.*, §91.

em conta as circunstâncias dos casos ao seu encargo e o lugar onde se encontram trabalhando, para que consigam desempenhar as suas funções com a devida diligência”¹³³⁰.

Em *Gutiérrez Soler* (2005)¹³³¹, discutiu-se a prática de tortura policial em face da vítima, que foi detido pela Unidade Antissequestro da Polícia Nacional Colombiana, local em que foi submetido a agressões físicas, psicológicas, violência sexual e queimaduras, além de ter sido coagido à confissão de crimes. Em razão dos fatos, Wilson Gutierrez Soler e seu filho se exilaram nos Estados Unidos, sendo que os responsáveis não foram punidos.¹³³² A Corte reconheceu violação ao direito à integridade pessoal (art. 5º), liberdade pessoal (art. 7º), proteção judicial e garantias do devido processo (art. 8 e art. 25 da CADH), além da violação à Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a tortura.¹³³³ Apesar de ser um dos primeiros casos que expõe um claro contexto de deslocamento forçado em razão de ato diretamente perpetrado pelo estado, a potencial violação ao art. 22 da CADH não foi alegada pelas partes, sendo que a discussão sobre esse ponto não foi visibilizada na sentença.

Então, no paradigmático *Caso Rodríguez Vera e outros*¹³³⁴ (“Desaparecidos do Palácio de Justiça”), julgado em 2014, a Corte declara a responsabilidade internacional do Estado em um dos eventos mais dramáticos da história contemporânea da Colômbia. Apesar de não enfocar a questão de deslocamentos internos, o precedente é exemplificativo acerca da enorme complexidade enfrentada para a imputação de responsabilidade, tendo em vista que o caso concentra fatos sobre a violência perpetrada tanto por grupos insurgentes (M-19), quanto pelo Exército e por grupos paramilitares. O julgado se refere à histórica (e trágica) invasão do Palácio de Justiça (que abrigava a Suprema Corte Colombiana e o Conselho de Estado) perpetrada pelo grupo M-19, que ocasionou a tomada de reféns, dentre os quais vários juízes, visitantes e trabalhadores do local, em 1985.¹³³⁵ Em razão de enfrentamento com a equipe de segurança privada no Palácio de Justiça, houve vários óbitos. O Estado foi responsabilizado pela falha no dever de proteger em face da violência do M-19, tendo em vista que a informação sobre a data da possível tomada já era conhecida dos militares, que não adotaram qualquer medida de segurança adicional ao prédio.¹³³⁶ **Posteriormente**, a partir da operação do exército que buscou a retomada do Palácio, houve vários confrontos, com bombardeios, tiroteios e incêndio de alas inteiras da edificação, o que deixou inúmeros mortos e feridos. Com a retomada do Palácio, os sobreviventes foram classificados arbitrariamente pelas

1330 *Id.*, §§296-297

1331 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gutiérrez Soler c. Colombia*, Sentença de 12 de setembro de 2005, Série C No. 132.

1332 *Id.*, §48

1333 *Id.*, §127

1334 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) c. Colômbia*, sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 14 de novembro de 2014, Série C No. 287.

1335 *Id.*, §§89-111.

1336 *Id.*, §§89-111.

forças militares, sendo que os que eram suspeitos de integrarem o M-19 foram detidos, torturados e executados extrajudicialmente.¹³³⁷ O Estado foi responsabilizado por atos que lhe foram diretamente imputáveis, como também pela falha no dever de proteger contra a atuação do M-19. Não se sabe ao certo o número de pessoas que estavam no Palácio quando da tomada e da retomada, sendo que vários restos mortais ainda não haviam sido localizados e identificados na época do julgamento. Foi instituída uma Comissão da Verdade¹³³⁸, para apuração dos eventos ocorridos, sendo que inúmeros processos judiciais foram instaurados para apuração dos excessos e desproporcionalidade da ação do exército, causa da morte de várias vítimas, dentre as quais alguns dos peticionários do caso levado ao SIPDH.

Em *Vereda La Esperanza c. Colômbia*¹³³⁹, a Corte analisa o desaparecimento forçado de doze pessoas (dentre elas três crianças) e a execução extrajudicial de uma outra, perpetrada por grupos paramilitares em colaboração e aquiescência de agentes estatais. Recentemente, no paradigmático caso *Villamizar Durán e outros c. Colômbia* (2018)¹³⁴⁰, foi abordada a situação dos chamados “falsos positivos”. Tal categoria se refere a civis que foram vítimas de execuções extrajudiciais no curso de operações do Exército Colombiano entre 1992-1997 por serem identificados como supostos membros das FARC-EP e, portanto, caracterizados como combatentes mortos em campo. Após o advento de inúmeras iniciativas para justiça de transição, o relato sobre a existência de “falsos positivos” passou a ser recorrente na Colômbia. Além da ofensa ao direito à vida, os familiares das vítimas reclamavam ofensa ao direito à imagem e à memória, além da falta de acesso à justiça e das garantias judiciais. O caso preenche uma lacuna sobre a questão de insegurança a que a população civil ficou submetida, apesar de não enfocar, especificamente, uma situação de deslocamento forçado que decorresse de ato ou convivência estatal.

Por sua vez, em *Izaza Uribe*¹³⁴¹ (também de 2018), a Corte se debruçou sobre o desaparecimento forçado de sindicalista no Departamento de Antioquia, supostamente perpetrado por paramilitares, com apoio de agentes do Estado. A peculiaridade do caso se dá em razão de o desaparecimento ter ocorrido quando a vítima se encontrava sob a custódia do Estado por meio de uma prisão preventiva decretada por autoridade competente. Há relato que a viúva se deslocou forçadamente em decorrência de ameaças após o óbito, mas não foi formulado um pedido autônomo de violação ao art. 22(1) da CADH. A Corte IDH tampouco conheceu de ofício a questão.

1337 *Id.*, §89-111.

1338 *Id.*, §89-111.

1339 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vereda La Esperanza c. Colombia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 341.

1340 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Villamizar Durán y otros c. Colombia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 20 de novembro de 2018, Série C No. 364.

1341 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Isaza Uribe e outros c. Colombia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 20 de novembro de 2018, Série C No. 363.

De uma forma geral, a análise do conjunto de casos precursores permite o estabelecimento do contexto colombiano, pavimentando o nexos causal entre as ofensas à integridade física, ameaças à vida e o encobrimento dos responsáveis pelos atos de violência com a criação de um fundado temor nos sobreviventes.

3.3 CASOS QUE TRATARAM EXPRESSAMENTE SOBRE OS DESLOCAMENTOS FORÇADOS (DIREITO DE RESIDÊNCIA E LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO) EM FACE DE ATOS IMPUTÁVEIS DIRETAMENTE AO ESTADO

Dos 12 (doze) casos colombianos sobre responsabilidade internacional por deslocamentos forçados, apenas 2 (dois) se pautam exclusivamente em atos de agentes estatais. Todos os demais se relacionam com atos estatais e de grupos paramilitares.

A sentença em *Vélez Restrepo e familiares c. Colômbia*¹³⁴² (2012) se refere às agressões e ameaças sofridas por um cinegrafista do programa de notícias “Colômbia 12:30” que estava fazendo a cobertura dos protestos (“marchas *cocaleras*”) contra a política governamental de lançar pesticidas nos cultivos de coca na cidade de Morelia, Departamento de Calquetá, no ano de 1996. O jornalista foi vítima de agressões desproporcionais de militares do Exército, que buscavam conter os protestos. Posteriormente, em razão das denúncias sobre as agressões sofridas, passou a receber ameaças de morte e de sequestro. Os militares envolvidos sofreram sanções disciplinares pelas lesões corporais causadas, mas as referidas ameaças nunca foram investigadas. Em razão do temor de perseguição, a vítima e alguns familiares foram viver nos Estados Unidos, sendo que houve separação da família em relação aos filhos que ficaram no local de origem. Neste caso, a Colômbia reconheceu parcialmente a responsabilidade internacional em relação às agressões e ao seu impacto no exercício da atividade de jornalista. É interessante notar que o pronunciamento do Estado tenta mitigar a severidade da conduta dos agentes do Exército, ao argumentarem que estes não teriam atuado “deliberadamente”, que os ataques ocorreram em face da confusão ocasionada pelos protestos e com a concorrência da imprudência do jornalista.¹³⁴³ De igual maneira, o Estado contestou a sua responsabilidade pelo deslocamento forçado da vítima ao exterior, arguindo que esse fato não lhe seria imputável. A respeito, a Corte IDH enfatizou que as filmagens do jornalista permitiam identificar a violência dos atores estatais contra a população civil no protesto, o que colocara a vítima como alvo.¹³⁴⁴ A Corte considerou a ocorrência de várias violações aos direitos convencionais, tais como integridade física, garantias e proteção judicial efetiva, proteção da honra e da dignidade, liberdade de expressão, proteção à

1342 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vélez Restrepo e familiares c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 03 de setembro de 2012, Série C No. 248, §95.

1343 *Id.*, § 143.

1344 *Id.*, § 146

família e às crianças e direito de circulação e residência em razão do deslocamento forçado aos Estados Unidos. Dentre as reparações outorgadas, foi imposto que a Colômbia deveria adotar medidas para viabilizar o retorno da vítima e seus familiares, se eles manifestassem interesse.¹³⁴⁵ Assim, verifica-se que, apesar da reticência nos argumentos do Estado em reconhecer todos os aspectos de sua responsabilidade pelas violações perpetradas por agentes do exército, este precedente consolida a jurisprudência no sentido de que, se a mudança de residência a outro país se dá em razão de ameaças sofridas no local de origem, é possível atribuir responsabilidade internacional ao Estado.

O outro caso em que se analisa a responsabilidade diretamente imputável ao Estado por deslocamento forçado é o do *Massacre de Santo Domingo* (2012)¹³⁴⁶, também oriundo da segunda metade dos anos noventa. Segundo consta, na localidade de Santo Domingo, Departamento de Antioquia, em 13 de dezembro de 1998, o exército colombiano, diante do acirramento do conflito interno não internacional, efetuou uma ofensiva na região, lançando “bombas cluster” de tipo AN-M1A2, granadas e bombas de fragmentação AN-M41A na rua principal da cidade, o que ensejou o óbito de dezessete pessoas (incluindo crianças) e causou lesões graves a vinte sete feridos.¹³⁴⁷ Em razão da ofensiva, os moradores da localidade tiveram que deixar as suas casas e se deslocar ao município vizinho. Naquele momento, as Forças Aéreas metralharam a população local que ia em direção oposta ao povoado. No âmbito interno, foi atribuída a responsabilidade do estado pelo Tribunal Contencioso Administrativo, sendo que, na esfera penal militar, foram condenados três militares que participaram da ofensiva.¹³⁴⁸ O Estado reconheceu parcialmente a sua responsabilidade internacional, sendo que este é o primeiro caso em que se atribui diretamente responsabilidade ao Estado por ato exclusivamente praticado pelas Forças Armadas (fora do contexto da discussão entre o envolvimento destas com os grupos paramilitares). Em suas razões de decidir, a Corte IDH invoca a Convenção de Genebra e o Protocolo II para interpretar o sentido e o alcance das obrigações convencionais no contexto de conflitos armados de caráter não internacional, estabelecendo um diálogo entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário.¹³⁴⁹ Além disso, a Corte invoca os “Princípios Reitores dos deslocados internos das Nações Unidas” para interpretação do alcance do art. 22 da CADH. O caso permite o desenvolvimento do referido direito de circulação e residência, tendo em vista que o contexto fático é muito claro em estabelecer um nexos causal entre a ofensiva estatal e a consequente criação de um fluxo de pessoas deslocadas de suas residências habituais.

1345 *Id.*, § 146.

1346 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacre de Santo Domingo c. Colômbia*, exceções preliminares, mérito e reparações, sentença de 30 de novembro de 2012, Série C No. 259.

1347 *Id.*, §§53-103.

1348 *Id.*, §§53-103.

1349 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Las Palmeras c. Colômbia*, exceções preliminares, sentença de 04 de fevereiro de 2000, Série C No. 67, §§32-33.

3.4 CASOS QUE TRATARAM SOBRE OS DESLOCAMENTOS FORÇADOS EM FACE DE ATOS PERPETRADOS POR ATOS DE GRUPOS PARAMILITARES COM APOIO E SUPORTE DO ESTADO

O primeiro caso a tratar do fenômeno massivo dos deslocamentos forçados em razão da atuação de paramilitares na Colômbia foi o do Massacre de Mapiripán (2005), ocorrido na comunidade de mesmo nome, no Departamento de Meta.¹³⁵⁰ Em 12 de julho de 1997, vários indivíduos pertencentes à AUC (Autodefensas Unidas da Colômbia), grupo paramilitar de extrema direita desembarcaram em um aeroporto da localidade, sendo recebidos por membros do Exército, que não realizaram qualquer controle, além de terem efetuado o transporte dos mesmos até a comunidade em apreço.¹³⁵¹ Três dias após, cem homens rodearam a comunidade através do rio e da terra, dominando o território, torturando e matando um grupo de pessoas da localidade, além de infligir temor à população civil.¹³⁵² Os representantes do Estado só chegaram mais de uma semana após o massacre, quando várias provas já tinham perecido, sendo que os fatos não foram esclarecidos por meio de investigações.¹³⁵³ Ao analisar a responsabilidade do Estado, a Corte IDH conclui que, naquela situação não seria possível a separação artificial entre responsabilidade por ação/omissão, ou responsabilidade direta/indireta, tendo em vista que está é o produto de um “conjunto de ações e omissões de agentes estatais e de particulares realizadas em forma coordenada, paralela ou concatenada com o propósito de perpetrar o massacre”¹³⁵⁴. Nas reparações, esse foi o primeiro caso colombiano¹³⁵⁵ em que a Corte IDH reconheceu que, do art. 22(1) da CADH deriva o direito de regressar ao local de residência habitual, quando resta estabelecido que o deslocamento se deu de forma forçada.

No ano seguinte (2006), a Corte IDH julgou o caso do massacre de Pueblo Bello¹³⁵⁶, ocorrido em janeiro de 1990. Naquela situação, sessenta membros armados do grupo paramilitar “Las Tangas” invadiram a **localidade de Pueblo Bello**, furtando o interior de algumas casas, além de perpetrarem o sequestro e homicídio de algumas vítimas que eram suspeitas de terem vinculação com as FARC-RP. Em razão do temor ocasionado, essa situação criou um fluxo de deslocados internos, que ficaram temerosos de sofrerem represálias caso regressassem à residência habitual. Apesar dos insistentes pedidos de investigação, os fatos não foram esclarecidos, o que ensejou a responsabilidade

1350 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacre de Mapiripán c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, sentença de 15 de setembro de 2005, Série C No. 134.

1351 *Id.*, §96

1352 *Id.*, §96

1353 *Id.*, §96

1354 *Id.*, §123.

1355 Ressalta-se que a Corte já o tinha feito no caso *Moiwana*, julgado no mesmo ano. C.f. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidade Moiwana c. Suriname*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, sentença de 15 de junho de 2005. Série C No. 124

1356 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, sentença de 31 de janeiro de 2006, Série C No. 140.

de internacional da Colômbia em face de violação do direito à vida, integridade pessoal, liberdade pessoal, proteção judicial e garantias do devido processo. Apesar de avaliada a questão, a Corte não reconheceu violação ao art. 22 da CADH, por entender que os peticionários não haviam invocado a questão no momento oportuno.

Na sentença dos *Massacres de Ituango* (2006)¹³⁵⁷, os fatos se passam em Antioquia. O caso se refere aos atos de membros do grupo paramilitar AUC, com a tolerância e aquiescência do exército colombiano que, em junho de 1996, invadiram a comunidade “La Granja”, matando alguns moradores, sendo que em outubro e novembro de 1997, foram ao povoado de “El Aro”, onde torturaram e mataram outras vítimas, além de roubarem em torno de mil cabeças de gado e submeteram locais a trabalhos forçados. Por fim, quando da saída, incendiaram e destruíram muitas casas. O Estado reconheceu parcialmente a sua responsabilidade internacional, sendo que a Corte, mais uma vez destacou que o exercício de imputação se situava em uma zona fronteira diante da complexidade das condutas analisadas. Neste sentido, destaca-se que:

A responsabilidade do Estado por estes atos, que emanam dentro de um padrão de massacres semelhantes, deriva de atos de omissão, aquiescência e colaboração por parte de membros da Força Pública alocados no mencionado município.¹³⁵⁸

Nas reparações, destaca-se que, além de impor o dever de garantir a segurança do regresso voluntário da população deslocada internamente, o Estado deveria implementar um programa habitacional, que providenciase “moradia adequada às vítimas sobreviventes que perderam as suas casas.”¹³⁵⁹ Apesar disso, não há aprofundamento dessa discussão.

Já em *Valle Jaramillo e outros* (2008)¹³⁶⁰, discute-se a situação de especial vulnerabilidade dos defensores de direitos humanos no contexto do conflito interno. Segundo os fatos, em 1996, o famoso ativista *Jesús María Valle Jaramillo* fez algumas denúncias sobre a relação entre grupos paramilitares e as forças armadas em Ituango, Antioquia. Além de não ter recebido a devida proteção, o militante passou a ser perseguido criminalmente pelo Exército. Em 1998, foi assassinado por pessoas não identificadas, sendo que os familiares também passaram a ser ameaçados.¹³⁶¹ As investigações não foram conclusivas, razão pela qual os eventuais responsáveis não foram identificados ou sancionados. Além disso, os familiares tiveram que deixar o local de residência habitual em razão das frequentes ameaças. O grande avanço, propiciado pelo caso, foi tratar dos deveres anexos nos casos de defensores de direitos humanos. Nesse ponto, a Corte

1357 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacres de Ituango c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, sentença de 01 de julho de 2006, Série C No. 148.

1358 *Id.*, § 132.

1359 *Id.*

1360 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Valle Jaramillo e outros c. Colômbia*, mérito, reparaciones e custas, sentença de 27 de novembro de 2008, Série C No. 192.

1361 *Id.*

destacou que o Estado Colombiano tinha “criado uma situação de risco”¹³⁶² para o ativista, razão pela qual isso lhe impunha ônus adicionais no dever de proteção.¹³⁶³ A propósito, destaca-se:

(...) O tribunal considera que o risco criado pelo Estado agravou a situação de vulnerabilidade das defensoras e defensores de direitos humanos que, como Jesús María Valle Jaramillo, denunciavam as violações cometidas por paramilitares e a força pública.¹³⁶⁴

Ao assumir a análise do “risco criado”, que é categoria típica da responsabilidade de natureza objetiva, a Corte IDH passa a dar mais um passo para a assunção desta teoria em relação às violações a direitos humanos, tal como já se aceita em relação à violação às normas internacionais ambientais.

No caso do Senador da República *Manuel Cepeda Vargas*¹³⁶⁵ (2010), a Corte IDH analisa a responsabilidade do Estado pelo homicídio de um congressista da oposição, ocorrido em 1994, em Bogotá. Segundo consta, o assassinato teria sido perpetrado por dois suboficiais do exército, em conjunto com grupos paramilitares, quando o ativista político e jornalista se deslocava de sua casa ao Congresso.¹³⁶⁶ Os familiares ficaram exilados no exterior por quatro anos, em razão do fundado temor de perseguição.¹³⁶⁷ Além da violação ao art. 22(1) da CADH, em razão do deslocamento forçado imposto às vítimas indiretas (familiares); o caso inova ao abordar o impacto do conflito armado interno na fruição dos direitos de liberdade de expressão e associação (art. 13 e 16), além dos direitos políticos.

Ademais, o caso das *Comunidades Afrodescendentes deslocadas da bacia do Rio Cacarica*¹³⁶⁸ (2013) aborda a violência direcionada contra os povos tradicionais afrodescendentes, assentados na região do Urabá Chocoano (que abrange os Departamentos do Choco, Antioquia e Córdoba), na bacia do Rio Cacarica. Em 1997, foi realizada uma operação militar “Genesis” para capturar ou matar integrantes das FARC-EP.¹³⁶⁹ Paralelamente, grupos paramilitares passaram a desenvolver ações conjuntas com o exército, o que ficou conhecido como “operação Cacarica”, ocasião em que mataram e esgarçaram o corpo de Marino López.¹³⁷⁰ Em razão da operação e do temor incitado nas comunidades por meio de ameaças e violência física pelos paramilitares, centenas de povos das margens do Rio Cacarica foram deslocados e inseridos em assentamentos

1362 *Id.*

1363 *Id.*, §81.

1364 *Id.*, §81.

1365 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Manuel Cepeda Vargas c. Colombia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 de maio de 2010, Série C No. 213.

1366 *Id.*

1367 *Id.*

1368 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidades afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis) c. Colombia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 20 de novembro de 2013, Série C No. 270.

1369 *Id.*, §§88-145.

1370 *Id.*, §§88-145.

diversos de sua morada habitual nos anos que se seguiram, o que aumentou a situação de pobreza e vulnerabilidade social.¹³⁷¹ Além disso, a operação Cacarica impactou fortemente nos bens e nas identidades coletivas, em especial nos territórios ancestrais, sob os quais várias comunidades perderam a posse dos recursos naturais para empresas madeireiras ilegais, que atuavam com a tolerância do Estado. O caso é paradigmático posto que aborda o impacto da atuação dos grupos paramilitares em relação aos povos tradicionais, que possuem uma cosmovisão própria, além de um especial vínculo com os territórios ancestrais. Assim, associa-se o direito à propriedade tradicional (insculpido no art. 21 da CADH) com o art. 22 (direito à liberdade de circulação e residência), com a fixação de reparações especificamente desenhadas para endereçar a situação, como o dever de restituir o uso e gozo dos territórios ancestrais, a serem agrupadas em um Conselho Comunitário, bem como o direito de retorno seguro e garantidor de uma vida digna, além da realização de um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional.¹³⁷²

O paradigmático *Yarce e outras (2016)*¹³⁷³ versa sobre a prisão ilegal de três defensoras de direitos humanos por parte de agente do Estado, com o posterior homicídio de *Ana Teresa Yarce* por grupos paramilitares, além de ameaças à vida das demais ativistas, que tiveram que mudar de bairro na cidade de Medellín, com os respectivos familiares, diante do temor em permanecer em suas residências habituais. Pela primeira vez, o caso desdobra os aspectos de gênero oriundos da violência contra defensoras do direito à moradia, enfatizando o especial impacto que o conflito armado interno teve na vida e na fruição de direitos por parte das mulheres colombianas. Além disso, o caso aborda, de forma pioneira, a situação dos “deslocados internos intraurbanos” ampliando o escopo protetivo do art. 22(1) da CADH, desenvolvendo o direito à moradia em condições de segurança.

Omeara Carrascal e outros c. Colômbia (2018) se refere à responsabilidade do Estado pelas mortes de Noel Emiro Omeara Carrascal e Héctor Álvarez Sánchez e pelo desaparecimento forçado e posterior execução de *Manuel Guillermo Omeara Miraval*; que teria sido praticado por grupos paramilitares com possível apoio ou conivência de autoridades estatais, no Departamento de César, no ano de 1994.¹³⁷⁴ Além desses fatos, o caso também aborda as consequências dos fatos para o núcleo familiar das vítimas. A ausência de investigação efetiva, conjugada com um clima de insegurança e ameaça velada fez com que parte do núcleo familiar, incluindo três crianças, se deslocassem forçadamente por oito meses do local da residência habitual em fuga. Por isso, a Corte IDH reconheceu também a violação ao art. 22(1) em relação com o artigo 1(1) da CADH.

1371 *Id.*, §88-145

1372 *Id.*, §88-145

1373 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Yarce e outras c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 22 de novembro de 2016, Série C No. 325.

1374 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Omeara Carrascal e outros c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 21 de novembro de 2018, Série C No. 368.

Para tanto, empregou o teste desenvolvido em casos anteriores, analisando se: “(i) o estado teria criado as condições de risco para as vítimas; (ii) se conhecia a referida situação de risco que por sua vez gerou o desaparecimento forçado; e (iii) se não adotou medidas para sua proteção”¹³⁷⁵. É importante notar que a Corte sempre leva em consideração o fato de a circunstância de risco ser levada à informação das autoridades, observando-se a omissão na adoção de medidas de proteção que poderiam evitar o deslocamento forçado. Além disso, destaca-se que tem sido reconhecido que os deslocamentos forçados não se originam de uma causa única; mas em geral nascem de múltiplos fatores, diante da complexidade das situações que chegaram ao conhecimento da Corte. Nessa situação específica, foi ressaltado que a prova dos autos permitia concluir que o risco que gerou o deslocamento derivava de três principais raízes: a existência de um contexto geral no qual agentes do Estado agiam em colaboração com grupos paramilitares; a falta de uma investigação adotando-se os parâmetros interamericanos de devida diligência e a ausência de medida de proteção aos familiares das vítimas de atentado à vida e desaparecimento forçado, em especial as crianças.¹³⁷⁶

Por fim, em *Carvajal*¹³⁷⁷ (2018), a Corte tratou do homicídio de um jornalista ocorrido vinte anos antes, também no contexto do conflito armado interno e de impunidade dos atentados contra a liberdade de expressão. Nos moldes dos demais, a violência inicial resultou no deslocamento forçado dos familiares em razão do temor a que foram submetidos, o que gerou a responsabilização do Estado no marco do art. 22(1) da CADH, seguindo a consolidação da sua jurisprudência constante.

4. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DIANTE DO IMPACTO ESPECIAL DOS DESLOCAMENTOS FORÇADOS INTERNOS EM GRUPOS VULNERÁVEIS

Pela análise dos casos selecionados, percebe-se que a submissão, tramitação e posterior julgamento reflete a evolução (e, em alguns momentos, involução) do conflito armado interno. As violações analisadas inserem-se em um contexto maior, que foi sendo captada pela Corte IDH a partir de cada julgamento.

Verifica-se, por exemplo, que diferentemente da postura tradicionalmente seguida por outros Estados (que adotam como estratégia processual a negativa integral dos fatos), o Estado Colombiano assumiu, em todas as oportunidades, estar vivenciando um conflito armado interno de caráter não internacional que, em muitas ocasiões promoveu ou tolerou atos de violência contra a população civil. Tal postura permitiu o estabelecimento de um diálogo e também o avanço nos marcos normativos internos sobre as medidas a

1375 *Id.*, § 265.

1376 *Id.*

1377 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Carvajal e outros c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 13 de março de 2018, Série C No. 352.

serem adotadas em face da proteção de vítimas de deslocamentos forçados. Ainda que seja reportado o aumento do fluxo de deslocamentos desde o Acordo de Paz de 2016, os mencionados avanços normativos constituem passos relevantes para que a Colômbia, com base nas obrigações oriundas do art. 2 da CADH, adote medidas para garantir os direitos reconhecidos na CADH. Não se ouvida que todas as medidas adotadas devem ter um efeito útil, de forma que não basta a existência de uma proposta de justiça de transição, sem que ela seja efetivamente implementada de forma adequada. De toda forma, no plano processual, a aceitação de responsabilidade (ainda que parcial) permite demonstrar que a jurisdição interamericana não se resume a um aspecto sancionatório. Muito ao contrário, a ideia de reparação pode auxiliar na não repetição dos fatos e na construção de soluções internas mais abrangentes a vítimas em situações análogas.

Ademais, a sucessão dos casos permitiu um acúmulo incremental de um contexto fático sobre o conflito, permitindo a discussão sobre a interação das fontes entre ramos jurídicos: o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados.

Conforme destacado, essa discussão se iniciou no caso *Las Palmeras*¹³⁷⁸, quando a Comissão Interamericana requereu a condenação do Estado não apenas pelas violações à CADH, como também aos Protocolos de Genebra. A sentença de julgamento das exceções preliminares em *Las Palmeras* tornou-se então um referencial obrigatório a respeito do tema, quando a Corte IDH decidiu pela sua incompetência em conhecer diretamente de violações às Convenções de Genebra, mas passou a permitir a invocação dos parâmetros do DIH para interpretação do sentido e alcance da CADH. Como repercussão prática, esse *approach* permitiu que se consolidasse o entendimento que: (i) os direitos humanos são exigíveis mesmo em tempos de conflitos armados; (ii) as normas gerais e abstratas precisam incorporar as demandas específicas destes contextos.

Essa abertura interpretativa contribuiu, particularmente, para o desenvolvimento do conteúdo jurídico do direito de circulação e residência, no âmbito do art. 22 da CADH. Neste sentido:

Artigo 22. Direito de circulação e de residência

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais.
2. Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio.
3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem pública, a moral ou a saúde pública, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

1378 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Las Palmeras c. Colombia*, sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 04 de fevereiro de 2000, Série C No. 67.

4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público.
5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional, nem ser privado do direito de nele entrar.
6. O estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte nesta Convenção só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei.
7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.
8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.
9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

Em sua interpretação original, o direito foi concebido como proteção à livre circulação em um território e a liberdade de saída em caso de perseguição (a partir do direito de pedir asilo), além da vedação das expulsões de nacionais (antiga pena de “banimento”), das expulsões arbitrárias de estrangeiros (sem respaldo legal) e das expulsões coletivas¹³⁷⁹. A proibição dos deslocamentos forçados dentro de um território não consta expressamente como obrigação insculpida no art. 22 da CADH.

Contudo, o Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra de 1949¹³⁸⁰, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados não internacionais, adotado em 1977 e em vigor a partir de 1978, reconheceu normas para a proteção da população civil contra os perigos procedentes de operações militares, em especial os atos ou ameaças de violência cujo escopo principal seja aterrorizá-la (Protocolo II, art. 13(2)). O artigo 17 proíbe expressamente os deslocamentos forçados, a saber:

Artigo 17. Proibição dos deslocamentos forçados

- (1) Não se poderá ordenar o deslocamento forçado da população civil por razões relacionadas com o conflito, a não ser que assim o exija a segurança das pessoas civis ou razões militares imperiosas. Se esse deslocamento tiver que ser efetuado, serão tomadas todas as medidas possíveis para que a população civil seja acolhida em condições satisfatórias de alojamento, salubridade, higiene, segurança e alimentação.
- (2) Não se poderá forçar as pessoas civis a abandonar o seu próprio território por razões relacionadas com o conflito.

A questão também ganhou visibilidade a partir da adoção dos Princípios Reitores dos deslocamentos internos, proposto à antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU

1379 CIDH, *Movilidad humana: derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas e desplazados internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Washington: OEA, 2015, §230.

1380 Segundo consta, a Colômbia ratificou o referido protocolo adicional em 14.08.1995.

por Francis M. Deng (mandato 1992-2004), então Representante Especial¹³⁸¹ sobre o tema apontado pelo Secretariado Geral. Os referidos princípios não têm, formalmente, força jurídica vinculante. Contudo, os seus enunciados foram elaborados com o intuito de representar uma sistematização da fragmentada normatização existente para a proteção dos deslocados internos, com base em normas extraídas do Direito Internacional Humanitário (como o art. 17 do protocolo II acima listado), do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional dos Refugiados. Por isso, conforme consta em sua exposição de motivos, o documento tem a aspiração de refletir o “marco normativo relacionado com todos os aspectos dos deslocamentos internos” (ONU, 2017).

Com a conjugação das fontes acima listadas (Protocolo Adicional II e Princípios Reitores dos deslocamentos internos), a Corte IDH, a partir do *Caso dos Massacres de Maripipán*¹³⁸² passou a adotar uma interpretação evolutiva do art. 22(1) da CADH, reconhecendo que a proibição de deslocamentos forçados internos estaria implicitamente contemplada por aquele dispositivo. Neste ponto, deu-se especial atenção ao 5º princípio, que estipula que aos estados o dever de “prevenir e evitar a aparição de condições que possam provocar o deslocamento de pessoas” (ONU, 1998) e ao 6º princípio, que estabelece as possíveis causas proibidas, ampliando as hipóteses oriundas do Direito Internacional Humanitário:

Princípio 6º - (1) Todo ser humano terá direito a proteção contra deslocamentos arbitrários que lhe retirem de seu lar ou local de residência habitual.

(2) A proibição dos deslocamentos forçados inclui os deslocamentos:

- a) baseados em políticas de *apartheid*, “limpeza étnica”, ou, práticas similares, cujo objeto ou resultado seja, a alteração da composição étnica, religiosa ou racial da população afetada;
- b) em situações de conflito armado, a não ser que assim o exijam a segurança das pessoas civis ou razões militares imperiosas;
- c) em casos de projetos de desenvolvimento de grande escala, que não estejam justificados por um interesse público superior ou primordial;
- d) em casos de desastres, a menos que a segurança e a saúde das pessoas afetadas requeiram a sua evacuação; e
- e) quando se utilizem como castigo coletivo. (ONU, 2017)

A proteção abrange tanto as restrições *de jure* (formalmente assumidas por atos normativos de natureza legal ou administrativa pelo Estado), quanto por aquelas bar-

1381 Posteriormente, a função de representante especial do Secretário Geral evoluiu para a das Relatorias Especiais, vinculadas ao Conselho de Direitos Humanos. A atual Relatora Especial sobre deslocamentos forçados é a filipina Cecilia Jimenez-Damary. C.f. Sítio da ONU. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/IDPersons/Pages/IDPersonsIndex.aspx>>. Acesso em: 12 fev 2020.

1382 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Massacre de Maripipán c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 15 de setembro de 2005, Série C No. 134, §171.

reiras *de facto*, quando o Estado não adota medidas para garantir que os indivíduos ou coletividades tenham condições de fruir do referido direito.¹³⁸³ Assim, inclui-se tanto as obrigações de respeito e de garantia ao Estado. Em relação a este último, duas situações emblemáticas, estudadas na seção anterior, foram percebidas no *caso Valle Jaramillo*¹³⁸⁴ e no *caso Yarce*¹³⁸⁵, tendo em vista que a existência de ameaças à vida e à integridade física no local de residência habitual, sem a adoção concreta de medidas protetivas pelo Estado, pode ensejar violação ao art. 22(1) da CADH, uma vez que o Estado não teria adotado medidas para garantir o direito à moradia segura. Tem sido consolidada uma jurisprudência constante da Corte sobre a proibição aos deslocamentos forçados (interno e internacional), como uma proibição implícita ao art. 22(1) da CADH. Nesse sentido, a Corte IDH enfatizou que a proteção conferida engloba:

(...) el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado Parte y a no tener que salir forzadamente fuera del territorio del Estado en el cual se halle legalmente¹³⁸⁶. Este Tribunal ha dicho también que el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado de manera formal o por restricciones de facto si el Estado no ha establecido las condiciones, ni provisto los medios que permiten ejercerlo.¹³⁸⁷

Além disso, conforme se depreende dos casos analisados, o Estado deve proteger contra atos de particulares (como grupos paramilitares) que gerem fluxos de deslocamentos, garantindo a segurança no local da residência e fornecendo *accountability* em casos de ameaça à vida, integridade física ou mesmo em situações de massacres, em especial para a população que vivencia uma situação de vulnerabilidade social agravada.

Inclusive, nos casos de deslocamentos forçados, a Corte tem reconhecido o “direito de retornar”, situação também consagrada no art. 6(3) dos Princípios Reitores, que exige que “os deslocamentos não tenham uma duração superior à imposição das circunstâncias”.¹³⁸⁸

Recentemente, a Corte IDH reconheceu uma nova subcategoria protegida pelo art. 22(1) a partir do caso *Yarce*¹³⁸⁹: a dos “deslocados intraurbanos” (ZAGO DE MORAES, 2020). Já começa a se apontar que esse precedente consagra um terceiro desdobramento do art. 22(1), que dialoga com o “*derecho a la vivienda*”, que deriva do artigo 26 da

1383 *Id.*, §231.

1384 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Valle Jaramillo e outros c. Colômbia*, mérito, reparações e custas, sentença de 27 de novembro de 2008, Série C No. 192, §139.

1385 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Yarce e outras c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 22 de novembro de 2016, Série C No. 325, §215.

1386 *C.f.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacre de Mapiripán c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 15 de setembro de 2005. Série C No. 134, § 188. Ademais: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *V.R.P., V.P.C. e outros c. Nicarágua*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, **08 de março de 2018, Série C No. 350**, § 308.

1387 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Omeara Carrascal e outros c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 21 de novembro de 2018, Série C No. 368, § 272.

1388 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidade Moiwana c. Suriname*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 15 de junho de 2005, Série C No. 124.

1389 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Yarce e outras c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 22 de novembro de 2016, Série C No. 325.

CADH (direitos econômicos, sociais e culturais-DESCAS)¹³⁹⁰. Em sua atividade interpretativa, a Corte tem rompido as barreiras herméticas entre direitos econômicos sociais, culturais e ambientais (DESCAS) e direitos civis e políticos, propondo uma interpretação integrada entre eles (pela via indireta), além de promover recentemente a justiciabilidade direta dos DESCAS. O voto dissidente do juiz Ferrer Macgregor Poisot, no caso Yarce, clama pela consolidação de parâmetros sobre o direito à moradia segura¹³⁹¹.

Outro ponto que tem se destacado, na evolução da proteção conferida pelo art. 22 da CADH, diz respeito ao seu diálogo com o impacto que os deslocamentos forçados têm em pessoas que gozam de proteção especial no Direito Internacional dos Direitos Humanos (IIDH, 2014). O art. 4(2), dos Princípios Reitores, reconhece que:

(...) certos deslocados internos, como as crianças (especialmente menores desacompanhados, as mulheres grávidas, as mães com filhos pequenos, as mulheres arrimo de família, as mães com filhos pequenos, as pessoas com deficiência e as pessoas idosas terão direito à proteção e assistência requerida por sua condição e a um tratamento que leve em conta as suas necessidades especiais. (ONU, 2017).

No caso do Massacre de *Maripipán*, a Corte já havia analisado o caráter interseccional da vulnerabilidade dos grupos especialmente protegidos:

(...) Los motivos y las manifestaciones de la vulnerabilidad acentuada en los desplazados han sido caracterizados desde diversas perspectivas. Dicha vulnerabilidad es reforzada por su proveniencia rural y, en general, afecta con especial fuerza a mujeres, quienes son cabezas de hogar y representan más de la mitad de la población desplazadas, niñas y niños, jóvenes y personas de la tercera edad. La crisis del desplazamiento interno provoca a su vez una crisis de seguridad, dado que los grupos de desplazados internos se convierten en un nuevo foco o recurso de reclutamiento para los propios grupos paramilitares, de narcotráfico y de la guerrilla. El retorno de los desplazados a sus hogares carece, en muchos casos, de las condiciones necesarias de seguridad y de dignidad para ellos y, dentro de los efectos nocivos de los reasentamientos que provoca el desplazamiento forzado interno, además de graves repercusiones psicológicas en ellos, se han destacado (i) la pérdida de la tierra y de la vivienda, (ii) la marginación, (iii) la pérdida del hogar, (iv) el desempleo, (v) el deterioro de las condiciones de vida, (vi) el incremento de las enfermedades y de la mortalidad, (vii) la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, (viii) la inseguridad alimentaria, y (ix) la desarticulación social, así como el empobrecimiento y el deterioro acelerado de las condiciones de vida.¹³⁹²

A demanda por especial proteção de crianças em situação de deslocamentos forçados internos foi reportada nos casos do Massacre de Santo Domingo¹³⁹³, Massacres

1390 *Id* (c.f. voto arrazoado do juiz Ferrer McGregor-Poisot).

1391 Além da contribuição para desenvolver o conceito de deslocadas internas interurbanas e a sua proteção pelo art. 22 da CADH; é importante pontuar que o voto dissidente em Yarce fomentou posteriormente o reconhecimento da justiciabilidade direta dos DESCAS em *Lagos Del Campos c. Peru* (direito ao trabalho); *Poblete Vilchez c. Chile* (direito à saúde) e *Muelle Flores c. Peru* (direito à previdência social), dentre outros.

1392 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacre de Maripipán c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 15 de setembro de 2005, Série C No. 134, §175.

1393 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacre de Santo Domingo c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mé-

de Maripipán¹³⁹⁴, Massacres de Ituango¹³⁹⁵, Caso Vélez Restrepo¹³⁹⁶ e Yarce¹³⁹⁷. Para o conhecimento das violações, houve a conjugação da proteção conferida pelo art. 22 da CADH com o art. 19 da mesma convenção.

O impacto dos deslocamentos na situação específica das mulheres foi destacado pelas discussões no âmbito do caso Yarce¹³⁹⁸, que iniciou a construção de um diálogo entre o art. 22 da CADH com a Convenção de Belém do Pará para Punir e Erradicar toda forma de violência contra a mulher. A análise viabilizou a percepção de que a imposição de deslocamento forçado deve ser percebida como uma forma de violência de gênero, com especial impacto nas mulheres, que correspondem a um percentual elevadíssimo das vítimas que se encontram nessa situação (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 2017). Aliás, o mesmo documento reporta que outras formas de violência de gênero, como a de natureza sexual, ainda permanecem sub-reportadas e não visibilizadas no contexto do conflito colombiano. De fato, dos casos analisados, a questão foi reportada apenas no caso Gutierrez Soler¹³⁹⁹. Contudo, como este se referia à violência sexual contra homem, não foi possível a construção de uma leitura conjunta a partir do tratado interamericano voltado ao combate e prevenção de violência contra a mulher. De toda forma, a associação do art. 22 da CADH com a Convenção de Belém do Pará pode se tornar uma porta de entrada para associar o fenômeno das ameaças sofridas, violência sexual e deslocamentos forçados impostos às mulheres, permitindo uma leitura mais abrangente das demandas sociais experimentadas na Colômbia.

O mesmo caso reflete a consolidação da especial proteção que o grupo dos defensores(as) de direitos humanos demandam, tendo em vista que o labor desempenhado os coloca em especial situação de risco.¹⁴⁰⁰ A respeito, a interpretação do art. 22 da CADH tem se valido das contribuições trazidas pela “Declaração sobre o Direito e o Dever dos indivíduos, grupos e instituições de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais universalmente reconhecidos”, adotados pela ONU (2017). Neste ponto, entende-se que o Estado deve atuar como garante, viabilizando que os(as) defensores(as) de direitos humanos sejam protegidos e ao mesmo tempo possam a continuar a desenvolver a sua militância.

rito, Reparações e Custas, sentença de 30 de novembro de 2012, Série C No. 259.

1394 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacre de Maripipán c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 15 de setembro de 2005, Série C No. 134.

1395 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Massacres de Ituango c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 01 de julho de 2006, Série C No. 148.

1396 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vélez Restrepo e familiares c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 3 de setembro de 2012, Série C No. 248.

1397 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Yarce e outras c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 22 de novembro de 2016, voto arrazoado do juiz Ferrer Mc Gregor Poisot, Série C No. 325.

1398 *Id.*

1399 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gutiérrez Soler c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 12 de setembro de 2005, Série C No. 132.

1400 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Yarce e outras c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 22 de novembro de 2016, voto arrazoado do juiz Ferrer Mc Gregor Poisot, Série C No. 325

O impacto do conflito nos povos tradicionais também é um tema extensamente documentado pela sociedade civil (LOOCHKARTT, 2007, p. 160), além de ter sido reconhecido pela própria Corte Constitucional Colombiana. Em relação às comunidades afrodescendentes, a Corte IDH julgou o precedente relacionado aos deslocados da margem da Bacia do Rio Cacarica.¹⁴⁰¹ Contudo, é também ainda invisível, na jurisprudência interamericana relativa aos casos colombianos, a relação existente entre as violações ao art. 22 da CADH e o seu impacto nas comunidades indígenas. O único caso com julgamento de mérito é o *Escué Zapata*¹⁴⁰², sobre um conhecido defensor de direitos indígenas. Apesar de tangenciar a temática, o precedente não se referia à questão dos deslocamentos forçados. Por outro lado, já foram conferidas e levantadas medidas provisionais (tutelas de urgência)¹⁴⁰³ em favor de comunidades indígenas impactadas pelo conflito armado não internacional, sendo que há casos ainda pendentes na etapa de análise de admissibilidade e informe de fundo na Comissão Interamericana.¹⁴⁰⁴ Há, ainda, outros casos relacionados a deslocamentos forçados de indígenas¹⁴⁰⁵ em outros Estados, no qual a Corte IDH traça uma interessante relação entre a proteção conferida pelo art. 21 (direito à propriedade coletiva às terras tradicionalmente ocupadas) e pelo art. 22 da CADH (direito à liberdade de circulação e residência), levando em conta que os deslocamentos impactam na identidade cultural dos povos, podendo destruir ou afetar negativamente a sobrevivência dos modos de vida e da cosmovisão (MORENO, 2007, p. 149), além de afetar o especial vínculo que estes possuem com os seus territórios (ocasionando, em situações extremas, risco de perda da identidade cultural).

Por todo o exposto, percebe-se que a interpretação sistemática propiciada em relação aos grupos especialmente vulneráveis mostra como os direitos são indivisíveis e inter-relacionados, sendo que uma eventual análise compartimentalizada poderia trazer uma abordagem superficial, insensível às demandas específicas oriundas do complexo contexto social, nos quais as várias camadas de marginalização, discriminação e violência se sobrepõem e atuam de forma interseccionada.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise dos casos estudados, verifica-se que a jurisprudência tem acompanhado a própria evolução do conflito, incorporando as questões centrais que foram surgindo ao longo dos anos.

1401 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Bacia do Rio Cacarica (Operação Génesis) c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 20 de novembro de 2013, Série C No. 270.

1402 Corte Interamericana de Derechos Humanos *Escué Zapata c. Colômbia*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 04 de julho de 2007, Série C No. 165.

1403 **Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Assunto do Povo Indígena Kankuamo em respeito à Colômbia, medidas provisórias, Resolução de 5 de julho de 2004.***

1404 Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, *Carlos Andrés Galeso Morales e outros*, Colômbia, Relatório No. 16/14, Petição No. 1214/07, Admissibilidade, 3 de abril de 2014.

1405 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Washington: OEA, 2010.

Neste contexto, inúmeros fatores, tanto do ponto de vista fático (como a existência de fluxos de deslocamentos internos, paralelos às migrações internacionais, detecção de grupos especialmente afetados), como também a postura do Estado Colombiano diante do contexto apresentado (seja pelo reconhecimento do Judiciário nacional, seja pelo Executivo, que é o representante perante o processo interamericano), tem permitido o desenvolvimento da atribuição de responsabilidade ao Estado em razão de atos perpetrados por grupos paramilitares.

De outro lado, percebe-se que, salvo votos esparsos concorrentes e/ou dissidentes que vez ou outra retomam a discussão, a jurisprudência interamericana tem evoluído sem enfrentar diretamente a questão da natureza objetiva ou subjetiva da responsabilidade internacional. O foco tem sido, claramente, na densificação do conteúdo das obrigações primárias, extraídas dos artigos 1(1) e 2 da CADH, combinadas com uma tentativa de expansão material dos direitos consagrados no sistema interamericano. A partir de então, a Corte IDH tem realizado o exercício de imputação ao Estado, nas hipóteses de descumprimento das obrigações assumidas. Nesse sentido, de certa forma, tem sido seguida a metodologia adotada pela ILC no *Draft Articles on State Responsibility (2001)*. Com o avanço dos deveres específicos impostos aos Estados em razão da proteção de Direitos Humanos, é possível que a experiência adquirida pelos casos colombianos julgados pela Corte IDH impacte na agenda de codificação das regras sobre responsabilidade internacional. Os precedentes estudados, sem dúvidas, têm o potencial de influir no Direito Internacional Geral, diante da ainda precária codificação do tema.

Outro ponto de suma relevância diz respeito ao avanço conferido pelo reconhecimento de que os deslocamentos forçados internos são proibidos pelo art. 22 (1) da CADH. Apesar de a jurisprudência sobre o tema não ter sido inaugurada por um caso colombiano¹⁴⁰⁶, não há dúvidas que é neste Estado em que a questão tem sido mais recorrente, em razão da existência do conflito e da população significativa em situação de deslocamentos forçados. Por isso, o estudo dos casos colombianos ajudou a solidificar uma interpretação evolutiva sobre o artigo 22 da CADH, permitindo uma maior proteção à população em situação de mobilidade humana, que enfrenta uma situação de extrema vulnerabilidade.

BIBLIOGRAFIA

ACNUR. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia de 17 de febrero de 2004*, E/CN.4/2004/13, §13. Disponível em: <<http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informes.php3?cod=8&cat=11>>. Acesso em 12 jan 2020.

ACNUR. *Situación de Colombia, Ecuador y Venezuela*, fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.acnur.org/>>

¹⁴⁰⁶ O primeiro caso a analisar a questão foi o precedente *Moiwana*. C.f. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidade Moiwana c. Suriname*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 15 de junho de 2005. Série C No. 124.

fileadmin/scripts/dovs.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2016/10938>. Acesso em: 11 jan 2020.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BERISTAIN, Carlos Martin. *Diálogos sobre la reparacion: que reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. San José da Costa Rica: IIDH, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: esencia y transcendência: votos em la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006*. Cidade do México: Porrúa, 2007.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Retos Humanitários 2017: informe Colômbia, resultados e perspectivas*. Bogotá: CICR, 2017. Disponível em: <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/informe_anual_colombia_2016_-_version_web.pdf>. Acesso em: 10 jan 2020.

DUBLAC, Maria Laura. El asilo y la protección de los refugiados en América Latina: estudio comparativo de las legislaciones nacionales. In: FRANCO, Leonardo. *El asilo y la protección internacional de los refugiados en America Latina*. San José da Costa Rica: ACNUR, IIDH, CDHUL, EDITORAMA, 2004.

FAILDE, Davi. A aplicação dos artigos sobre responsabilidade internacional dos Estados por fato internacionalmente ilícito. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, Belo Horizonte, v. 11, 2013. Disponível em: http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaeletronica/volume11/arquivos_pdf/sumario/Artigo%20-%20Davi%20Quintanilha%20Failde%20de%20Azevedo.pdf. Acesso em: 30 jan 2020, p. 37.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

HARRIS, David J. *Cases and materials on International Law*, 5th. London: London Sweet and Mawell, 1998.

HUMAN RIGHTS WATCH. World Report 2017 - Colombia, 12 jan 2017. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/587b584fa.html>>. Acesso em 17 Jan 2020.

IIDH. *Acceso a la justicia de grupos de situación de vulnerabilidad: manual general de litigio en el sistema interamericano con enfoque diferenciado: niñez, adolescencia, pueblos indígenas y afrodescendientes*. San José da Costa Rica: IIDH, 2014.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts with commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part 2, General Assembly (A/56/10). Disponível em: Acesso em: 11 jan 2020.

LEDESMA, Hector Faundez. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed. San Jose da Costa Rica: IIDH, 2004.

LOOCHKARTT, Saskia. Colombia, desplazamiento y política pública: paradoja del reconocimiento. In: IIDH. *Las Migraciones indígenas en las Americas*. San José da Costa Rica: IIDH, 2007, pp. 155-177.

MACHADO, Isabel Penido de Campos. *A aplicação do instituto da presunção judicial na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*: monografia de final de curso para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

MACHADO, Isabel Penido de Campos. A tutela jurídica do bem ambiental no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos. In: *Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI*, Belo Horizonte, 2011. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2011.

MILESI, Rosita. *Refugiados e migrações forçadas: uma reflexão aos 20 anos da Declaração de Cartagena*. Disponível em: http://justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/art_irmarosita.pdf. Acesso em 20 mar 2017.

MORENO, Camila. Desplazamiento interno forzado de indígenas en Colombia. In: IIDH. *Las Migraciones indígenas en las Americas*. San José da Costa Rica: IIDH, 2007, pp. 139-155.

MOWBRAY, Alistair. *Cases and materials on the European Convention on Human Rights*, 2ª ed. New York: OUP, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por violação de Direitos Humanos*. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANCHEZ, Nelson Camilo; YEPES, Rodrigo Uprimny. Justicia Trasicional sin transición? La Experiencia colombiana en la implementación de medidas de transición, p. 129-163. *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en America Latina*. San Jose da Costa Rica: IIDH, 2011.

ZAGO DE MORAES, Ana Luísa. O caso Yarcy: criminalização de defensoras de direitos humanos e deslocamento forçado intraurbano à luz dos padrões de proteção do sistema interamericano. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 326, jan. 2020.

ANÁLISE COMPARATIVA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO BRASIL E DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Carolina Silva Cruz

Pedro Henrique Nascimento Zanon

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre princípio da igualdade e da não discriminação. Após o fim da análise, fez-se uma comparação entre a jurisprudência analisada do STJ com a jurisprudência pré-selecionada da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Propomos estabelecer um elo entre os princípios utilizados pela jurisprudência do tribunal brasileiro, com os princípios preponderantes nas ações que chegam na CIDH.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade. Razoabilidade. Superior Tribunal de Justiça. Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2 O princípio da igualdade na constituição da República Federativa do Brasil; 2.1 As Constituições brasileiras de 1824 até a de 1969 privilegiaram a igualdade formal em detrimento da igualdade material; 2.2 Que a voz da igualdade seja sempre a nossa voz: o progresso de uma igualização estática e negativa para uma igualização dinâmica e afirmativa na constituinte de 1987; 2.3. As ações afirmativas como marco da igualdade material na democracia brasileira pós 1988; 3. O princípio da razoabilidade como corolário do princípio da igualdade material; 4. O princípio da igualdade pela Convenção Americana de Direitos Humanos; 4.1. Diretrizes do princípio da igualdade na CADH; 4.2. A relação entre o princípio da igualdade e o princípio da não discriminação na Convenção Americana; 4.3. O princípio da razoabilidade como elo normativo entre a jurisprudência da CIDH e do STJ; 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88) consagrou em seu artigo 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei sem qualquer distinção¹⁴⁰⁷. Em contraponto, a Convenção Interamericana de Direito Humanos de 1969 já apresentara norma pelo artigo 24 no sentido de que “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”. O objetivo deste trabalho é realizar uma análise comparativa entre estas duas normas por meio de uma investigação

1407 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

do conteúdo normativo inserido nelas e espelhado nas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Juízes, promotores e advogados têm um papel essencial a desempenhar para proteger as pessoas contra a discriminação e desigualdades. A tarefa deles é garantir que leis e regulamentos que proíbem a discriminação sejam respeitadas na prática legal. Nas situações em que a legislação nacional sobre discriminação é inexistente ou sem clareza, as profissões jurídicas podem recorrer a instrumentos jurídicos internacionais para orientação, incluindo, em particular, a jurisprudência existente relativamente rica.

O princípio da não discriminação é um dos pilares de qualquer sistema democrático e uma das bases fundamentais do sistema de proteção dos direitos humanos na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada de CIDH ou simplesmente de Comissão Interamericana), instalada pela Organização dos Estados Americanos (OEA). Tanto a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante CADH ou Convenção Americana) foram inspiradas pelo ideal de que todos os homens são criados livres e iguais em dignidade e direitos.

Em termos de Brasil, durante anos do governo Imperial e da República Provisória, o princípio da igualdade figurou somente como igualdade formal, ou seja, a igualdade jurídica presente na lei, pois não haviam ações e práticas que buscassem efetivar a igualdade material dos indivíduos. A igualdade material só começou de fato a ser efetivada na CRFB/88, com a introdução de medidas voltadas a proporcionar a determinados segmentos a equiparação com os grupos já consolidado.

O princípio da igualdade fundamenta as ações afirmativas como meios de reduzir as desigualdades e buscar equiparar todos os cidadãos. No início de sua vigência, foi muito discutido se as ações afirmativas não estariam causando uma discriminação às avessas ao invés de buscar a igualdade. A discriminação que é proporcionada é a chamada discriminação lícita, ou, como em Aristóteles (2005), a busca do tratamento desigual para os desiguais. Há grupos sociais do país que passaram por situações de constrangimento e sofrimento que não atingiu outras classes, e isso influencia até hoje, deixando-os por vezes em situação de inferioridade.

Importante ressaltar que as ações afirmativas não estão adstritas somente às cotas universitárias. Vários outros exemplos de ações afirmativas podem ser observadas na atualidade: reserva de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiência, percentual mínimo de 30% de candidaturas femininas nas eleições em cada partido, até mesmo a Lei Maria da Penha (Lei nº 11340/06) são consideradas formas de ações afirmativas que visam a efetivação do princípio da igualdade em uma sociedade ainda tão desigual. Assim, podemos dizer que ação afirmativa é gênero, e que o Sistema de Cotas para ingresso na universidade é espécie.

Percebendo a importância das ações afirmativas em um país como o Brasil, miscigenado, com pessoas de todas as partes, cada um com sua peculiaridade e com oportunidades diferentes, e sabendo que o princípio da igualdade é um dos principais justificadores da implementação dessas ações, surge a necessidade de se fazer uma análise de como e se a invocação do princípio da igualdade como justificativa das ações afirmativas esteve presente nas ações judiciais que versavam sobre esse tema, mais especificamente, sobre a lei de cotas para ingressar nas universidades.

O objetivo, portanto, é fazer um estudo a partir da análise comparativa entre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para conhecer como os Tribunais aplicam os princípios e direitos fundamentais sobre direito de igualdade de não discriminação. A escolha do Superior Tribunal de Justiça (STJ) como tribunal referência para este trabalho se deu por conta de ser criado com a Constituição Federal de 1988 e ser conhecido como Tribunal da Cidadania, que propõe a organização e uniformização da jurisprudência nacional.

Com a análise da jurisprudência do STJ, passou-se à pesquisa da jurisprudência pré-selecionada da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, trazendo para este trabalho àquelas em que houvessem referência ao princípio da igualdade e da não discriminação, bem como às que tivessem ligação com o princípio da razoabilidade, para dessa forma, fazer um elo das decisões da jurisprudência brasileira com a jurisprudência interamericana, observando onde elas se aproximam, e onde elas se afastam.

2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

2.1 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS DE 1824 ATÉ A DE 1969 PRIVILEGIARAM A IGUALDADE FORMAL EM DETRIMENTO DA IGUALDADE MATERIAL

É ponto comum nas Constituições da Modernidade a abordagem da **igualdade como norma jurídica**. Em termos de Brasil não é diferente. A Constituição de 1824, gravada pelo cenário escravocrata, apenas em seu último dispositivo normativo (art. 179) dispôs sobre o tema pela igualdade formal com o termo “**equidade**”¹⁴⁰⁸. Ainda que de forma tímida, o postulado da igualdade já representava um progresso, pois os “[...] esforços da civilização atual [Brasil Império] se empenham, quanto podem, por diminuir a horrível desigualdade material que mormente em alguns países tanto abate uma porção da humanidade.” (PIMENTA BUENO, 1958, p. 418).

1408 O art. 179, XIII e XVIII, prescreviam que: XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um; XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade.

Com a abolição da escravatura e início da República provisória, a Constituição de 1891 foi categórica em determinar, no art. 72, §2º, que “**todos são iguais perante a lei**”. O termo também foi acompanhado de outros conteúdos que destronaram privilégios por nascimento, como foros de nobreza e demais regalias. O princípio da igualdade ainda era apenas formal, mas 30 anos após a promulgação da Constituição de 1891 e ainda sob a vigência desta, Rui Barbosa, um dos principais constitucionalistas da época, declama, em bom tom, na famosa *Oração ao Moços*:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem (BARBOSA, 2015, p. 47-48).

Na década seguinte ao relato de Rui Barbosa, iniciou-se o governo provisório de Getúlio Vargas (1930-1934) sem apoio de uma Constituição formal. Neste período, o Brasil se encontrava com o Congresso e o Senado fechados, a Constituição de 1891 suspensa e a os antigos presidentes de províncias (governadores) destituídos. Em seguida, a Constituição “popular” de 1934, influenciada pela democracia liberal e pela Constituição de Weimar, previa que todos são iguais perante a lei e vedava privilégios e qualquer tipo de distinções (art. 113). A declaração do princípio da igualdade na Constituição de 1934 era meramente simbólica, pois a sociedade da época ainda possuía muitas distinções, como os direitos diferentes para homens e mulheres no Código Civil de 1916.

No Brasil, o sufrágio feminino foi obtido em 1932 e, no âmbito constitucional, em 1934, mas o movimento das mulheres em direção à igualdade plena renasceu e se vitalizou a partir da abertura política dos anos 70, seguindo as linhas de força históricas da década de 60, tais como a revolução sexual e liberalização dos costumes, que preconizaram, basicamente, a necessidade de transcender a determinação do sexo como base dos papéis sociais (TABORDA, 1998, p. 268)

Fato que, três anos após, com a Constituição outorgada por Getúlio Vargas que implantou o Estado Novo, o art. 122 apenas possuía a previsão simplista de que “todos são iguais perante a lei”. Não mais havia a complementação que vedava privilégios e distinções. Ainda sob a vigência da Constituição de 1937 foram promulgados a Consolidação da Leis Trabalhistas em 1943 e o Código Penal em 1940. Ambos diplomas normativos possuíam dispositivos que versavam sobre a igualdade, porém as mulheres continuavam a possuir menos direitos trabalhistas do que homens e o combate penal a discriminações eram restritos aos tipos penais de crimes contra a honra (art. 138 e ss.) e crimes contra o sentimento religioso, ambos de penas brandas (art. 208).

Ato contínuo, a Constituição “progressista” de 1946 manteve o texto “todos são iguais perante a lei” (art. 141, §1º) e, pioneiramente, abordou o preconceito de raça ou de classe. Porém, essa temática estava inserida no contexto do direito de liberdade de expressão e apenas para vedar propaganda que contivesse conteúdo discriminatório¹⁴⁰⁹. Dois anos após, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada pelo Brasil também em 1948, declarou, no art. 2º, a capacidade de todo ser humano¹⁴¹⁰ para gozar de direitos sem distinção de qualquer espécie. Assim, em 1951 surge a Lei Afonso Arinos (Lei nº 1.390/51), primeira lei penal a dispor sobre discriminação racial.

[...] ao projeto Afonso Arinos deve-se juntar uma verdadeira campanha antirracista para qual muito pode concorrer a imprensa brasileira. Numa tal campanha deve-se pôr em relevo o que há de antibrasileiro, antidemocrático e anticristão, tanto no racismo da direita quanto no racismo da esquerda que se tenta desenvolver entre nós (FREYRE, 1950, p. 3).

O racismo denunciado por Afonso Arinos e Gilberto Freyre era um sintoma da sociedade que infectava do âmbito civil até o militar e diplomático (BASTIDE, FERNANDES, 1955, 211-222)¹⁴¹¹. Apesar do progresso legislativo, o judiciário ainda se mostrava conservador ao construir uma jurisprudência pouco eficaz em que o ofendido deveria provar por qual motivo o ofensor teria proferido o ato discriminatório (MELLO, 2001, p. 157). Francisco Campos, ao comentar sobre o princípio da igualdade perante a lei, argumentava ser o legislador seu principal destinatário, pois do contrário:

ficaria devassada a imensidade de um arbítrio sem fronteiras (...). O carácter de norma obrigatória para o legislador, para ele em primeiro lugar e para ele especialmente, resulta da natureza e da extensão do princípio da igualdade perante a lei. Seria, de outra maneira, um princípio supérfluo, ou destituído de qualquer significação (CAMPOS, 1956, p. 18)

Por fim, a Constituição Federal de 1967 manteve o ritmo de apenas prever a igualdade formal (art. 150, §1º), texto um pouco mais parecido com o de 1934. Porém, determinou, no mesmo dispositivo, uma norma programática de efeito mediato: “o preconceito de raça será punido pela lei”. O princípio da igualdade até então era destinado, assim como na maioria das Constituições anteriores, ao legislador pela passagem “todos são iguais perante a lei”.

Os demais textos, pelo menos até 1988, apenas repetiram a formulação da igualdade perante a lei, sendo que, em alguns - 1934 e 1946 - agregaram-se, em outros dispositivos, normas que objetivavam materializar critérios de justiça. Mas a hermenêutica dos textos,

1409 De acordo com o art. 141, § 5º: É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura [...] não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

1410 O termo utilizado foi “homem”, mas, por óbvio, representava qualquer gênero.

1411 Os sociólogos Roger Bastide e Florestan Fernandes destacam que a curiosa surpresa dos autores é o fato de a lei antirracista ser formulada por um deputado conservador e um representante da União Democrática Nacional de Minas Gerais, Afonso Arinos de Mello Franco e Gilberto Freyre, respectivamente. O próprio Afonso Arinos publicou, quase vinte anos antes (1934), uma obra de caráter antisemita intitulada *Preparação ao nacionalismo (carta aos que têm vinte anos)*.

feita pelos juristas, sempre se direcionou no sentido de que tanto o legislador quanto o executor da lei estavam vinculados ao princípio da igualdade. Proibia-se ao legislador fazer distinções arbitrárias e prescrevia-se que já se ativesse a critérios materiais quando elaborasse as normas (TABORDA, 1998, p. 261)

No ano seguinte, em 26 de março de 1968 foi ratificado, pelo Brasil, a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Em 1969, a Emenda nº 1 (configurada como uma nova Constituição) manteve o texto da igualdade perante a lei da norma programática para punição do preconceito. Até o advento da Constituição de 1988, portanto, temos um quadro constitucional que privilegia a igualdade formal em seu conteúdo.

2.2 QUE A VOZ DA IGUALDADE SEJA SEMPRE A NOSSA VOZ: O PROGRESSO DE UMA IGUALIZAÇÃO ESTÁTICA E NEGATIVA PARA UMA IGUALIZAÇÃO DINÂMICA E AFIRMATIVA NA CONSTITUINTE DE 1987

Em 1989, a escola de samba Imperatriz Leopoldinense foi consagrada campeã do Carnaval do Rio de Janeiro com o samba enredo que, em sua última estrofe, dizia: “Liberdade, liberdade! Abra as asas sobre nós. **E que a voz da igualdade. Seja sempre a nossa voz**” (destaque nosso). A então Constituição “cidadã”, promulgada em 05 de outubro de 1988, quatro meses antes do resultado do desfile carnavalesco, parece ter inspirado os compositores, ou parece que os compositores influenciaram os constituintes tempos antes. O samba-enredo é direcionado para a passagem do regime escravocrata e monárquico para o regime abolicionista e republicano em memória dos cem anos da abolição da escravatura. Porém, a dilação hermenêutica se mostra proveitosa. O trecho “Liberdade, liberdade! Abra as asas sobre nós” está inserido na transição do cenário político e jurídico de cerceamento de liberdades do regime militar para um regime democrático e liberal. Assim, o que podemos dizer sobre o trecho “E que a voz da igualdade. Seja sempre a nossa voz” cantado e premiado quatro meses após de vigência da Constituição “cidadã”?

Como analisado, as constituições anteriores privilegiaram a igualdade formal, de modo que “a voz da igualdade” nunca foi pautada devidamente pelo nosso constitucionalismo. Porém, 1988 é o marco do centenário da Lei Áurea e, principalmente, marco de cem anos de luta contínuas e insistentes para reconhecimento de igualdade material no plano do texto jurídico e no plano da realidade. Assim, o princípio da igualdade material, no texto da Constituição de 1988, possui significado e importância de destaque.

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987 contava com oito comissões temáticas, cada uma subdividida em três subcomissões. O tema da (des)igualdade permeava a maioria delas, em especial na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Comissão da Ordem Social e na Comissão da Família, da Educação,

Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação. Durante os debates, o conceito de igualdade era defendido pela mesa da inclusão social, ou seja, não basta criminalizar, é necessária uma atuação positiva do Estado em prol do materializado do princípio da igualdade (LOUBACK, 2016, p. 104-115). Portanto, o princípio da igualdade, para o cenário político e social da democracia brasileira pós 1988, urge por ações afirmativas.

A **igualdade inclusiva**, prevista desde o preâmbulo, compõe o conteúdo jurídico de **cidadania** e **dignidade humana** como fundamentos da República Brasileira (art. 1º, CRFB/88). Ademais, observando os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, esculpidos no art. 3º da Constituição, temos a maior fonte de agasalho para as ações afirmativas. Os incisos dessa norma constitucional apresentam verbos no imperativo que são destinados ao Estado republicano: “I - **construir** uma sociedade livre, justa e solidária; II - **garantir** o desenvolvimento nacional; III - **erradicar** a pobreza e a marginalização e **reduzir** as desigualdades sociais e regionais; IV - **promover** o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A imperatividade verbal demonstra que a igualdade material, para ser real e não demagogia deve decorrer de uma imperatividade da lei e uma atuação positiva do Estado. Desse modo, verifica-se uma transição de um constitucionalismo estático e negativo que apenas vedava atos discriminatórios, para um constitucionalismo dialógico e afirmativo comprometido em viabilizar o princípio da igualdade material.

A manifestação do poder constituinte originário em 1987, responsável pelo nascimento da nova e atual ordem jurídica do Estado brasileiro, apresentou uma Constituição influenciada pelo neoconstitucionalismo. Esse movimento constitucionalista possui lastro em países europeus desde o final da segunda guerra mundial, em 1945, mas que, no Brasil, só teve espaço com a advento da Constituição de 1988.

A Carta Magna brasileira de 1988 está repleta de princípios, que, apesar de também serem regra, como desenvolvido pela teoria de Dworkin – *Uma questão de princípio* –, possui textura aberta, ou seja, de acordo com Peter Häberle – *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição* – uma abertura interpretativa que pode ser realizada por qualquer um que seja destinatário da norma. Em hipótese de conflito entre princípios, é possível utilizar um para resolver o caso concreto, em detrimento do outro, mas sem excluí-lo do ordenamento jurídico, tal como ocorre com as regras. Dentre esses princípios, o artigo 5º, *caput* e inc. I, da Constituição da República de 1988, consagrou a igualdade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (...). (BRASIL, 1988)

A igualdade, nesse artigo, tem por escopo combater discriminações ocorridas no passado e sem respaldo no ordenamento jurídico atual. Contudo, efetivar o princípio da igualdade não é tarefa fácil. Assim, Paulo Bonavides aduz sobre o princípio da igualdade como

[...] o centro medular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor da qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo. De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito guardião do Estado Social. (BONAVIDES, 2019, p.384)

O princípio da igualdade, enquanto o pressuposto de democracia, determina que todos são iguais, sem distinção que privilegie uns segmentos em detrimento de outros. Ronald Dworkin, em *A Virtude Soberana*, apresenta um estudo sobre a teoria e prática da igualdade política e afirma que:

Pode parecer óbvio que uma sociedade dedicada à igual consideração [de igualdade] deva ser uma democracia, e não, por exemplo, uma monarquia, uma ditadura ou uma oligarquia [...]. A democracia requer que as autoridades sejam eleitas pelo povo, e não escolhidas por meio de herança ou por um pequeno grupo de famílias de eleitores proeminentes (DWORKIN 2005, p. 254.).

As colocações de Dworkin demonstram que a democracia consagra a execução do princípio da igualdade. Em uma democracia, a população que preencheu os requisitos para exercer o direito ao voto tem direito de escolher seus representantes, que não são submetidos a nenhum tipo de discriminação negativa, somente às limitações, por exemplo, quanto à idade para se candidatar ao cargo, ter domicílio eleitoral na circunscrição na qual está se candidatando, entre outras. Mas em momento algum se observa discriminações como raça, sexo, pois haveria violação ao princípio da igualdade. No Brasil, as condições de alistabilidade estão dispostas no artigo 14 §§ 1º e 2º da CRFB/88, sendo a primeira norma constitucional brasileira a garantir o direito de voto aos analfabetos, uma manifestação do princípio da igualdade.

Por outro lado, nas monarquias ainda existentes, ainda que em menor escala do que no passado, as famílias reais, com poder de governo, mesmo que simbólico, são vistas como “especiais” ou “escolhidas por Deus” e, por essa razão, possuem a prerrogativa de governar. A população comum não tem a prerrogativa de escolher seus representantes, pois estão subordinadas ao escolhido, considerado mais importante e sábio para gerir o Estado.

Delineia-se, então, nesses casos, a violação ao princípio da igualdade pela limitação do acesso ao poder a determinadas pessoas, sem conhecimento de como elas alcançaram esse posto. Por isso Dworkin (2005, p. 254) defende que a democracia é quem mais oferece a busca por igualdade política aos cidadãos. A busca pela igualdade não é fácil. Muitas vezes, a igualdade consiste não em tratar todos de forma equivalente, mas

levar em considerações as suas desigualdades, a fim de se atingir o tratamento mais igualitário possível. Nesse dilema que surge o pensamento de efetivações de direitos sociais através das ações afirmativas.

2.3. AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MARCO DA IGUALDADE MATERIAL NA DEMOCRACIA BRASILEIRA PÓS 1988

Historicamente, as ações afirmativas possuem lastro na década de 1960 nos Estados Unidos. Naquele tempo houveram intensas reivindicações de grupos minoritários para uma melhor igualdade de oportunidade a todos. Sabrina Moeckle apresenta a abrangência e o público-alvo das ações afirmativas:

a ação afirmativa assumiu formas como: ações voluntárias, de caráter obrigatório, ou uma estratégia mista; programas governamentais ou privados; leis e orientações a partir de decisões jurídicas ou agências de fomento e regulação. Seu público-alvo variou de acordo com as situações existentes e abrangeu grupos como minorias étnicas, raciais e mulheres. As principais áreas contempladas são o mercado de trabalho, com a contratação, qualificação e promoção de funcionários; o sistema educacional, especialmente o ensino superior; e a representação política. Além desses aspectos, a ação afirmativa também envolveu práticas que assumiram desenhos diferentes. O mais conhecido é o sistema de cotas, que consiste em estabelecer um determinado número ou percentual a ser ocupado em área específica por grupo(s) definido(s), o que pode ocorrer de maneira proporcional ou não, e de forma mais ou menos flexível. (MOEHLECKE, 2010)

As ações afirmativas são voltadas a grupos minoritários que sofreram processo de repressão e segregação ao longo da existência da humanidade. No Brasil, pode ser observado, como exemplo, o racismo contra negros promovido pelo histórico de escravidão. Mesmo após a abolição da escravatura, em 1888, aqueles que saíram da condição de escravo continuaram com muita dificuldade em se inserir na sociedade dita civilizada. A escravidão foi abolida, em 1888, pois não havia mais condições políticas de mantê-la, mas a norma jurídica não foi capaz de mudar a maneira de pensar, ou seja, continuou enxergando os recém-libertos como inferiores e não detentores de direitos.

Com o fim da escravidão no Brasil, muitos negros foram expulsos das fazendas e ficaram sem ter onde morar nem como sobreviver. Uma boa parte da elite brasileira não queria que os negros assumissem os novos postos de trabalho que estavam surgindo no Brasil, à preocupação da elite era embranquecer o país com imigrantes vindos da Europa. Essa política de segregação racial fez com os negros vivessem as margens da sociedade. (NASCIMENTO E MEDEIROS, 2010)

A maneira como os recém-libertos foram acolhidos na nova sociedade refletiu na posterior formação da sociedade e acabou por resultar em consequências. Por exemplo, a pequena porcentagem de negros que chega ao nível superior¹⁴¹² e a grande quantidade

¹⁴¹² Em levantamento realizado e publicado em novembro de 2019, confirmou-se que negros e pardos se tornaram maioria, pela primeira vez, nas universidades públicas. Contudo, o caminho para efetivar a igualdade dos povos ainda é longo.

de preconceito que esse grupo social sofre. Não são raras as notícias de personalidades que foram alvo de discriminação racial, mostrando que não apenas aqueles de baixa renda são vítimas de preconceito. Esse cenário demonstra característica de sociedades escravocratas que ainda não conseguiram superar tal sistema. Fato alarmante para um país miscigenado como o Brasil.

Além da questão dos negros, importante salientar também as dificuldades enfrentadas pelas escolas públicas, atualmente desestruturadas, com falta de profissionais, falta de material, além de que há poucas políticas por parte do governo no sentido de estimular os jovens a levarem a escola mais a sério. Em 4 (quatro) anos, entre 2014 e 2018, o setor da educação pública perdeu 6,4 bilhões de reais, uma redução de 56% (cinquenta e seis por cento). Como poderão competir, em igualdade, alunos advindos de escolas públicas, que todos os anos enfrentam diversos cortes e se desdobram pra encerrar o ano, com alunos advindos de escolas particulares, estruturadas, e que não passam por greves?

Por tudo isso, é preciso buscar meios para efetivar políticas públicas e trazer para a realidade o princípio da igualdade. A esse respeito, Paulo Bonavides escreve que

Combatido por aqueles que acham que só os direitos clássicos da liberdade seriam de “validade geral”, ao passo que os direitos sociais básicos não passariam de valores “temporários”, restritos a uma determinada época, o princípio da igualdade logrou todavia firmar incontestável superioridade qualitativa, desde que passou a traduzir de certo modo a essência do Estado social, inconcebível sem essa primazia.

Deixou a igualdade de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material da nova forma de Estado. Tem tamanha força na doutrina constitucional vigente que vincula o legislador, tanto o que faz a lei ordinária nos Estados-Membros e na órbita federal como aquele que no círculo das autonomias estaduais emenda a constituição ou formula o próprio estatuto básico da unidade federada. Na presente fase da doutrina, já não se trata em rigor de uma igualdade “perante” a lei, mas de uma igualdade “feita” pela lei, uma igualdade “através” da lei. (BONAVIDES, 2019, p. 384/385)

Durante boa parte da história da humanidade, a igualdade que se julgava indispensável era a formal. Bastava a declaração de que todos são iguais, em um dispositivo de lei, e os problemas estariam resolvidos. Ocorre que, as diferenças históricas entre raças demonstra que uma igualdade formal não é suficiente. O que se busca é a igualdade material, a igualdade de fato, que possa suprir lacunas deixadas por séculos de segregação e discriminação.

Em meio a isso, as políticas de ações afirmativas surgem para conferir oportunidades concretas àqueles que, pelas vias ordinárias, não conseguiriam ter acesso de forma equivalente a outros grupos, que não trazem carga histórica tão pesada. Dworkin (2005, p. 545), ao analisar as estatísticas sobre ações afirmativas para negros nas Universidades dos Estados Unidos, demonstra que “as consequências imediatas do veredicto

do Quinto Tribunal Itinerante¹⁴¹³ foram, novamente, impressionantes: embora a Faculdade de Direito no Texas tivesse matriculado 31 alunos negros em 1996, só conseguiu admitir quatro no ano seguinte”.

A decisão do Tribunal Itinerante havia sido no sentido de anular decisão do processo Bakke, proferida em 1978, que declarava que planos de admissão sensíveis a raça não violava a 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos. Portanto, considerou as cotas inconstitucionais, retirando a necessidade da Universidade do Texas de observá-las a partir daí. Cruz (2003, p. 173) afirma que negar a necessidade de ações afirmativas significa negar a própria discriminação ou negar as próprias conquistas que elas proporcionaram.

Esse fato demonstra como é importante a atuação do poder judiciário na pauta das ações afirmativas. Um simples ato teve o poder de reduzir drasticamente o número de alunos negros matriculados em uma universidade. A CRFB/88 determinou em seu artigo 2º que os três poderes são harmônicos e independentes entre si, o que significa, em regra, que um não interferirá no outro. Contudo, não é absoluta essa proposição. Havendo, por exemplo, um ato administrativo eivado de vícios, ele pode ser revisado pelo poder judiciário, que decidirá se mantém ou se anula aquele ato.

Via de regra a lei, apesar de expressa e taxativa, não abarca todas de situações que podem advir de um fato. Como serão então decididos os casos omissos, ou aqueles em que faltarem razoabilidade no caso concreto? Essa função será do poder judiciário, que exerce importante função no controle de políticas públicas. Assim, também estão incluídas as pautas das ações afirmativas, que por vezes geram conflito haja vista a legislação não prever todas as possibilidades existentes no âmbito da instituição das cotas para universidades públicas, que deverão ser analisados pelo poder judiciário. Para Pellegrini (2010, p. 18), ao fazer o controle de políticas públicas, um dos principais princípios a serem observados nas decisões é o princípio da razoabilidade, que será medido pela aplicação do princípio da proporcionalidade, e isso significa “*a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.*”

Visando a busca do justo equilíbrio e da igualdade material é que foi criado pela Constituição de 1988 o Superior Tribunal de Justiça (STJ), chamado de Tribunal da Cidadania por conta de sua origem na Constituição Cidadã e da influência de suas decisões no cotidiano das pessoas.

A principal atribuição do STJ é uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, em casos cíveis e criminais. Assim, fica explícita a importância e abrangência de atuação do STJ, que será responsável por julgar casos de todos os cidadãos já que não há nenhum pré-requisito especial para provocar essa jurisdição, bem como justifica

1413 O tribunal itinerante dos Estados Unidos da América são cortes regionais que os ministros compareciam no Estado que lhe era designado, com o objetivo de familiariza-los com o direito de cada Estado.

a escolha deste tribunal como referência para este trabalho, dado seu *status* de tribunal da cidadania, que busca promover a uniformização da lei, ou seja, trazer igualdade no caso concreto para todos os cidadãos. Por esse motivo, o STJ foi o tribunal escolhido para esse trabalho.

3. O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL

Neste capítulo, buscando responder ao questionamento principal, delimitou-se um espaço de tempo de 5 (cinco) anos - de 01/08/2014 à 01/08/2019- para poder analisar as decisões do STJ sobre o princípio da igualdade. Dessa forma, para encontrar processos com a temática pertinente, usou-se no buscador de jurisprudência do STJ a palavra-chave “ações afirmativas” naquele espaço de tempo determinado.

Após esse processo, foram encontradas 12 (doze) jurisprudências do STJ sobre o tema, procedeu-se pela filtragem dos acórdãos, separando aqueles que tratavam de ações afirmativas relativas à lei de cotas daqueles que traziam outras espécies não pertinentes com esse trabalho. Desse filtro, restaram 9 (nove) jurisprudências a serem pesquisadas:

- (1) AgInt no REsp 1765508 / SC Agravo Interno No Recurso Especial 2018/0232958-1, de 19/02/2019;
- (2) REsp 1526171/RN Recurso Especial 2015/0078124-3, de 04/12/2018;
- (3) REsp 1540146 / MG Recurso Especial 2014/0218959-0, de 18/08/2015;
- (4) AgRg no REsp 1442853/SE Agravo Regimental no Recurso Especial 2014/0060253-4, de 25/11/2014;
- (5) AgInt no REsp 1521338/PB Agravo Interno no Recurso Especial 2015/0059047-7, de 05/02/2019;
- (6) AgInt no AREsp 1162664/RS Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2017/0222631-2, de 21/06/2018;
- (7) AgInt no REsp 1399220/PE Agravo Interno no Recurso Especial 2013/0275750-0, de 27/06/2016;
- (8) AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 841.063/PI (2016/0010993-0), de 09/06/2016;
- (9) AgInt no REsp 1588776/PB Agravo Interno no Recurso Especial 2016/0057514-9, de 17/05/2016.

Em seguida, foi feita a análise de cada um dos processos e separação em dois grupos, de acordo com a linha da decisão tomada pelo STJ: (I) necessidade de aplicação do princípio da razoabilidade no caso concreto; (II) e autonomia universitária justificando a não interferência do judiciário. A partir do resultado dos julgados, foi feita a pesquisa para responder ao questionamento principal, se o princípio da igualdade é utilizado

como fundamentação nos processos relacionados com as ações afirmativas, com um enfoque mais voltado para as decisões do STJ.

A conclusão retirada após o estudo de todos os casos é que o STJ, quando instado a se manifestar sobre a incidência ou não das cotas para estudantes, em casos que a lei não se manifestou sobre, utilizou-se primordialmente de dois princípios: o princípio da razoabilidade, quando posicionou-se pela incidência das cotas universitárias, e o princípio da autonomia universitária, quando posicionou-se pela não incidência das cotas universitárias. Então, nesse primeiro momento, percebe-se que o princípio da igualdade, tido como a primeira hipótese de fundamentação que poderia ser utilizada pelo STJ no julgamento de ações relacionadas com cotas universitárias não restou demonstrado. Certo é, contudo, que o princípio da razoabilidade, nesse caso, foi utilizado como corolário da igualdade, haja vista que busca efetivar ações que tem como fundamento primordial a igualdade material entre os cidadãos brasileiros. Uma reflexão pormenorizada sobre os julgados ajudarão nessas conclusões acerca deles.

Em todos os acórdãos analisados, percebe-se um amadurecimento em relação à legitimidade das ações afirmativas. Cruz (2003, p. 173) afirma que negar a necessidade de ações afirmativas significa negar a própria discriminação ou negar as próprias conquistas que elas proporcionaram. Assim, nota-se que ao longo das ações analisadas, a discussão, na grande maioria, não é se as ações afirmativas devem existir ou não, e sim, se deve haver a aplicação ou não, no caso concreto, como manifestou o Ministério Público Federal na Apelação do processo de número 0001215-94.2010.4.05.8500, que mais tarde seria o REsp 1442853/SE: “*In casu*, não se discute a constitucionalidade ou a legalidade do programa de ações afirmativas para a garantia de acesso de grupos menos favorecidos da Universidade Federal de Sergipe (...)” e o Desembargador Edilson Pereira Nobre Júnior, na mesma ação:

(...) a previsão, mediante decisão da comunidade universitária, de incentivo de inclusão social para fins de classificação em certame vestibular encontra apoio nos princípios da legalidade, da vinculação ao edital, da isonomia e da autonomia universitária.

Na contramão dessa situação, temos a decisão de um desembargador do TRF-1, de Minas Gerais, que apresenta argumentos contrários à legitimidade das ações afirmativas:

Sobre o sistema de política de ações afirmativas para acesso ao ensino superior, tenho convicção formada, no sentido de que, não obstante a nobreza da intenção de que estão imbuídas as medidas dessa natureza, a sua instituição representa flagrante violação ao princípio da igualdade assegurado em nossa Constituição Federal (CF, art. 50, caput) e inviabiliza a realização de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 30, IV). (...) garantir-se tão-só o ingresso aos bancos universitários por meio de ações discriminatórias servem, a meu ver, para afirmar e perpetuar a combatida “inferioridade” de méritos de parte substancial

da população, a quem supostamente se pretende proteger. Restringir as ações sociais a somente uma parcela da sociedade, no sentido de reconhecer a defasagem do ensino público e conceder privilégios aos que o freqüentam afigura-se manifestamente contrário aos objetivos de construção de uma sociedade justa, de erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e à promoção do bem de todos, sem preconceitos e discriminação, de qualquer natureza. (Decisão Monocrática em Apelação no Processo 0023300-23.2010.4.01.3800, posteriormente REsp 1540146).

Louvável o entendimento do nobre julgador, contudo, claramente minoritário. Em todas as ações analisadas, no período de 01/08/2014 a 01/08/2019, foi o único, de forma clara, a se manifestar contrário às ações afirmativas, apesar de votar que, no caso, deveria haver a incidência no caso concreto. Também Cruz (2003, p. 182) defende que as ações afirmativas:

(...) são, pois, discriminações lícitas que podem amparar/resgatar fatia considerável da sociedade que se vê tolhida no direito fundamental de participação na vida pública e privada. Permitiremos acesso a cargos e empregos públicos e privados, mandatos políticos; garantir-lhes acesso à saúde, à educação, à liberdade religiosa e de expressão compõe um substrato essencial de democracia atual.

Em plano nacional, o entendimento já foi pacificado em 2012, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, do Recurso Extraordinário (RE) 597285 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3330, onde os ministros do STF entenderam pela necessidade de cotas para reduzir a desigualdade. Assim, passou a ser adotado pelos tribunais, de forma ampla, a possibilidade de incidência das cotas para ingressar em universidades públicas, já que elas não violariam o princípio da isonomia:

Neste contexto, existem duas correntes, uma que concorda com a política de cotas e outra que não, mas ‘ambas concordam que a instituição de políticas afirmativas em si não representa ofensa ao princípio constitucional da igualdade. Ao contrário, reconhecem que é a omissão do Estado em desenvolver políticas voltadas para redução de desigualdades materiais sejam elas econômicas, sociais, raciais, de gênero, culturais, entre outras - que constitui grave ameaça ao efetivo gozo do referido princípio(...). A adoção de cotas, assim, constitui um mecanismo excepcional de municiamento ‘de certos setores, objetivando proporcionar-lhes ‘a igualdade de condições e oportunidades prevista na Constituição Federal. (Julgamento da apelação no processo 0001002-72.2011.4.05.8300, posteriormente REsp 1399220/PE).

Superada a questão da legitimidade, passa-se a estudar a incidência principiológica nas decisões do STJ acerca das ações afirmativas. Restou claro que, no âmbito de decisões de Recurso Especial, o princípio da igualdade não foi o princípio definidor para as decisões prolatadas pelos ministros. Nesse caso, o princípio incidente foi o princípio da razoabilidade, quando a decisão era no sentido de conceder a incidência das ações afirmativas, e o princípio da autonomia universitária, quando a decisão era no sentido

de negar a incidência das ações afirmativas. Porém, isso não quer dizer que o princípio da igualdade não tenha sido utilizado ao longo da ação, para fundamentar a existência do direito às cotas.

É de se observar que, ainda que na fundamentação final do STJ o princípio incidente não tenha sido o princípio da igualdade, ele fundamenta pedidos e decisões de vários processos. Doutrina consagrada defende que a existência do princípio da igualdade está atrelada à existência de uma desigualdade em primeiro lugar. Assim, Silva (2019, p. 215/216) explica que

Porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, daí porque o legislador, sob o impulso das forças criadoras do direito (...) teve progressivamente de publicar leis setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais(...)

Dessa forma, a busca pela igualdade passa pela tentativa de superar desigualdades existentes. Por isso, o princípio da razoabilidade, nas decisões finais do STJ, vem como corolário do princípio da igualdade, utilizado como justificativa para deferir a incidência das cotas universitárias como demonstra a explanação do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no julgamento do REsp 1.399.220/PB:

O princípio da razoabilidade pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades, sejam administrativas ou legislativas, e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes. Este princípio é definido por José Eduardo Martins Cardozo, pela ótica da Administração Pública, como “princípio que determina à Administração Pública, no exercício de faculdades discricionárias, o dever de atuar em plena conformidade com critérios racionais, sensatos e coerentes, fundamentados nas concepções sociais dominantes”.

Conforme a melhor doutrina, é uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins, precedendo e condicionando a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. No passo, as Universidades Públicas são dotadas de autonomia suficiente para gerir seu pessoal, bem como o próprio patrimônio financeiro. O exercício desta autonomia não pode, contudo, sobrepor-se ao quanto dispõem a Constituição e as leis (RMS 22047 AgR/DF RELATOR: MINISTRO EROS GRAU -Transcrição do informativo n. 419 do STF). Portanto, o princípio da autonomia didático-científica das universidades não é absoluto, devendo respeitar os princípios regentes da Administração Pública e os direitos e garantias fundamentais. (REsp 1399220/PE, PROCESSO de origem Nº: 0803174-71.2013.4.05.8400.)

A incidência do princípio da razoabilidade precisa ser bem fundamentada, sob pena de violação do princípio da igualdade, tendo em vista que um está atrelado ao outro, nos casos em análise.

O outro princípio presente nas decisões do STJ foi o princípio da autonomia universitária, que é um princípio constitucional, previsto no artigo 207 da CRFB/88¹⁴¹⁴, e também reafirmado no artigo 53 da lei de diretrizes e bases da educação. Silva (2019, p. 855) com citação de Anísio Teixeira – *A educação e a crise brasileira*, pp. 267 e 271 – consignou que:

Não poderia ser de outro modo. Se se consagrou a liberdade de aprender, de ensinar, de pesquisar e de divulgar o pensamento, a arte e o saber, como um princípio basilar do ensino (art. 206, II), a coerência exigia uma manifestação normativa expressa em favor da autonomia das Universidades, autonomia que não é “apenas a independência da instituição universitária, mas a do próprio saber humano” pois “as universidades não serão o que devem ser se não cultivarem a consciência da independência do saber e se não souberem que a supremacia do saber, graças a essa independência, é levar um novo saber. E para isso precisam de viver em uma atmosfera de autonomia e estímulos vigorosos de experimentação, ensaio e renovação. Não é por simples acidente que as universidades se constituem em comunidades de mestres e discípulos, casando a experiência de uns com o ardor e a mocidade dos outros. Elas não são, com efeito, apenas instituições de ensino e de pesquisas, mas sociedades devotadas ao livre, desinteressado e deliberativo cultivo da inteligência e do espírito e fundadas na esperança do progresso humano pelo progresso da razão”.

Nos último cinco anos, a autonomia universitária foi o princípio justificador dos casos em que o STJ não reconheceu haver a incidência da lei de cotas, haja vista a necessidade de se preservar a harmonia entre os poderes, e o judiciário não intervir tanto nas questões administrativas, sob pena de inviabilizar a finalidade das cotas. Algumas decisões nesse sentido: REsp 1521338; AREsp 1162664/RS; REsp 1162664/RS; REsp 1399220/PE).

Por fim, resta claro então que, em sede de decisões do STJ, o princípio fundamentador das decisões que concederam a possibilidade de o aluno utilizar as cotas quando há lastro probatório suficiente para as deferir não foi propriamente o princípio da igualdade e sim o princípio da razoabilidade. Em linha geral, o princípio da razoabilidade é um corolário do princípio da igualdade material. Isso porque nas decisões em que é utilizado, a tendência final do processo é igualar uma parte que necessita de cotas com a parte que não necessita, proporcionando oportunidades próximas a pessoas que tiveram vivências diferentes.

Já em relação às decisões que não concederam a possibilidade de concorrer via de cotas, a justificativa foi o princípio da autonomia universitária, que determina a não interferência do judiciário nas decisões tomadas pela autoridade da universidade, de forma a preservar a harmonia entre os poderes.

1414 Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

4. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE PELA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

4.1. DIRETRIZES DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CADH

Neste trabalho procura-se oferecer também uma análise dos direitos da igualdade apresentados pelo art. 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos com as fundações do princípio da igualdade no ordenamento jurídico brasileiro. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos são encarregadas de interpretar a Convenção Americana. Consequentemente, ao longo desta análise, examinaremos a avaliação desses direitos, com ênfase nas decisões vinculativas do Tribunal. A jurisprudência interamericana se mostra distinta em muitos aspectos. Já observamos o entusiasmo da Corte em incorporar outras fontes de direito internacional em sua interpretação da Convenção Americana, porque considera os tratados de direitos humanos instrumentos vivos cuja interpretação deve considerar as mudanças nas condições atuais. Neste tópico, apresenta-se análise relacionada aos direitos à igualdade esculpidos pelo artigo 24:

Artigo 24. Igualdade perante a lei.

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

Apesar de seu título limitado, Igualdade perante a lei – *Right to Equal Protection* (a tradução não foi fiel) – estabelece dois direitos críticos e autônomos: o direito à igualdade perante a lei e o direito a igual proteção à lei. A jurisprudência interamericana de igualdade tem sido dinâmica na última década, considerando formas variadas de discriminação. A Corte Interamericana possui precedente que declara a igualdade como um princípio de *jus cogens*¹⁴¹⁵, que a tornaria vinculativa para todos os Estados. O Tribunal condena amplamente a discriminação indireta e privada e promove programas de ação afirmativa.

As abordagens da Corte Interamericana sobre ações afirmativas se ocupam em proteger igualdade de oportunidades para grupo vulneráveis, bem como uma igualdade de resultados. Essa perspectiva exige uma análise conjunta com o princípio da não discriminação apresentada pelo artigo 1 da Convenção Americana. A relação entre esses dois dispositivos normativos será realizada no tópico seguinte.

4.2. A RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO NA CONVENÇÃO AMERICANA

O prelúdio da Convenção Americana possui lastro na Conferência Interamericana na realizada no México em 1945, que encarregou a Comissão Jurídica Interamericana

¹⁴¹⁵ *Norin Catrimán e Outros (dirigentes, membros e ativista do povo indígena mapuche) c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29 de maio de 2014, Série C No. 279, para. 197; *Condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados*, Opinião Consultiva OC-18/03, 17 setembro 2003, Série A No. 18, para. 101.

de preparar um projeto do que viria a ser o texto normativo. O projeto original da Convenção foi preparado pelo Conselho Interamericano de Juristas, apresentado ao Conselho Permanente da OEA, e aberto a comentários dos Estados e da Comissão Interamericana. Para analisar os projetos, a OEA convocou uma Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em San José, Costa Rica, de 7 a 22 de novembro de 1969.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos encarregou-se de preparar o projeto da Convenção Americana, e apresentar para negociação entre os Estados participantes do Pacto de San José da Costa Rica, em novembro de 1969. Neste texto, a Comissão Interamericana omitiu o texto sobre a igualdade material (*equal protection of the law*) (ANTKOWIAK; GONZA, 2017, p. 35). O texto completo possuía similaridade com o artigo 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

Artigo 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

A delegação dos EUA propôs a edição apenas do texto resumido, pois tinha o receio de criar perigo de uma ampla divergência de opinião sobre a eficácia da norma. Assim, nem a inserção do termo “igualdade perante a lei” nem a formulação da “igual proteção da lei” (usando o termo “Por conseguinte [...]”) foram adequadamente fundamentadas nos registros oficiais da conferência. Ao fim, a delegação considerou a versão final (mais limitada) consistente com a Cláusula de Proteção Igual da Décima Quarta Emenda à Constituição dos EUA (ANTKOWIAK; GONZA, 2017, p. 36). Embora as objeções dos EUA mitigado as proporções originais do artigo 24 sobre o princípio da não discriminação, a Corte Interamericana trataria dessa omissão vinculando o artigo 24 à cláusula de não discriminação do artigo 1:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, **sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.** (grifo nosso)

O artigo 1, em contraste com o artigo 24, é uma disposição acessória que proíbe a discriminação em relação aos direitos da Convenção Americana. A relação entre estes dispositivos já foi objeto de manifestação pela Corte Interamericana na Opinião Consultiva solicitada pelo Governo da Costa Rica em 1983 sobre propostas de emendas constitucionais sobre o tema “Do processo de naturalização de estrangeiros”. Nessa oportunidade, a Corte manifestou que os dois artigos não possuem conceitos idênticos:

Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que **no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio**, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose “en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos” definió **que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”** [Eur. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1984, p. 3) (grifo nosso).

Observamos nessa passagem a fundamentação da razoabilidade como ponto em comum com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Ainda mais recentemente, a jurisprudência interamericana sobre igualdade tem sido dinâmica na última década, considerando formas variadas de discriminação. Devido às interpretações dos artigos 24 e 1 da Corte Interamericana, as obrigações do Estado se expandiram e superaram as intenções limitadoras da delegação dos Estados Unidos durante as negociações da Convenção. Muitas questões complexas ainda não foram totalmente analisadas, incluindo discriminação indireta e privada, além de ações afirmativas propiamente.

Nos últimos anos, o Tribunal delineou extensas obrigações do Estado no campo do direito da igualdade. Por exemplo, no caso *Norín Catrimán et al. c. Chile*, foi ponderado que os Estados devem evitar ações projetadas para criar situações de discriminação de direito ou de fato. A Corte proíbe, então, aquilo que se chama de “discriminação indireta”, ou seja, quando leis, ações e/ou políticas públicas, apesar de formulações aparentemente imparciais, exercem um impacto desproporcional sobre certos grupos vulneráveis. Além disso, ainda no relatório deste caso, a Corte pondera que os Estados devem adotar ações afirmativas para reverter ou alterar situações discriminatórias em suas sociedades que prejudiquem um grupo específico de pessoas.

Complementarmente, no caso *Chitay Nech et al. c. Guatemala*, a Corte especifica que essas medidas devem contemplar a situação de fraqueza e miséria¹⁴¹⁶. Em ambos os casos é reforçado ainda que o artigo 24 deve ser interpretado no sentido de proibir a discriminação privada ao arguir que o Estado tem um dever especial de proteção contra ações privadas que criam, mantêm ou incentivam situações discriminatórias com a tolerância ou aquiescência.

A Corte Interamericana reconhece que, assim como o STJ, que é preciso um teste analítico para determinar distinções razoáveis e objetivas para ações afirmativas que se

1416 *Chitay Nech e outros c. Guatemala*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de maio de 2010, Série C No. 212.

adaptem à relação normativa do artigo 1 com o artigo 24 da Convenção Americana. Ao retomar o parecer emitido na Opinião Consultiva de 1984 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1984, p. 8), não haveria discriminação quando as diretrizes normativas de ações afirmativas obtiverem base em diferenças factuais substanciais e em uma relação razoável de proporcionalidade entre essas diferenças e os objetivos da norma jurídica. O objetivo deve estar alinhado com os direitos e liberdades humanos estabelecidos no direito internacional.

4.3. O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE COMO ELO NORMATIVO ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DA CIDH E DO STJ

Flávia Bahia (2020, p.115/117) explana sobre o princípio da razoabilidade e seu contexto histórico:

O princípio da razoabilidade encontra guarida no direito norte-americano, principalmente na 5ª e na 14ª Emendas. A 5ª Emenda faz parte do *Bill of Rights* norte-americano, adicionado à Constituição Federal em 1789, que dispunha (...) que nenhuma pessoa poderia ser privada de sua vida, liberdade ou propriedade sem o *due process of law*. Já a 14ª Emenda foi inserida com o intuito de estender a garantia do *due process of law* aos ex-escravos, após a *Civil War*, e ao direito dos Estados federados, acrescentando, no entanto, o primado do tratamento igualitário pela lei, também para o direito federal. É importante destacar que a cláusula do *due process of law* (que deve ser entendida nos seus contornos processual e substantivo) deve ser aplicada como meio de interpretação jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana, e passou de uma simples garantia processual, para o controle de mérito das decisões estatais.

Em suma, a noção de razoabilidade guarda afinidade com a ideia de equilíbrio, moderação e harmonia. Busca aquilo que atende ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento, em última análise, pretende alcançar a justiça. Carrega, portanto, forte elemento subjetivo e abstrato. (...)

Com a cláusula do *due process of law* [na CRFB/88- Art. 5º, LIV e LV], entendida no seu duplo aspecto - material e processual – encontramos um decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável e um importante fundamento para a ponderação de conflitos de interesses. Com isso, podemos concluir que os dois princípios, apesar de não estarem positivados na Constituição, são extraídos implicitamente do devido processo legal substantivo.

Ainda hoje há a discussão na doutrina se seria necessária a inserção expressa da razoabilidade e proporcionalidade como um princípio da Administração Pública, apesar de sua extração implícita do princípio do devido processo legal. Cabe ao setor público produzir decisões, como já dito, equilibradas, buscando o justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.

Assim, o STJ, na análise dos recursos, utilizava o princípio da razoabilidade, sendo este corolário do princípio da igualdade, para decidir a favor da utilização das cotas

em favor dos estudantes. Ou seja, entendia o Tribunal que as decisões emanadas por autoridades administrativas eram desprovidas de razoabilidade no caso concreto, por inúmeros motivos, e que essa decisão não razoável era propícia para impedir a concretização do princípio da igualdade, e, portanto, não deveria prevalecer.

Já na jurisprudência da CIDH, apesar de não haver referência expressa às ações afirmativas, existem algumas referências ao princípio da razoabilidade como corolário do princípio da igualdade, do tratamento igualitário, não discriminação. Como exemplo temos a Opinião Consultiva 24, de 2017, que trata da obrigação estatal em relação à mudança de nome e de sexo e em relação aos direitos dos casais de mesmo sexo. Mostra-se claro a necessidade de analisar as diferenças de tratamento com base em critérios razoáveis e objetivos, havendo casos em que a discriminação será necessária, e em outros, será irrazoável, devendo ser necessárias modificações no ordenamento jurídico para garantir a igualdade entre os destinatários da norma.

A Opinião Consultiva 16, de 1999, traz diretrizes sobre o direito à informação no marco da garantia do devido processo legal, que, como já visto, é marco do princípio da razoabilidade na legislação internacional e nacional.

Outra referência é a Opinião Consultiva 22, de 2016, que trata da titularidade de direitos da pessoa jurídica no sistema interamericano de direitos humanos. É notório consignar que o Código Civil de 2002, em seu artigo 52, assinalou a proteção, no que couber, dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas. Os direitos da personalidade, foram positivados na legislação infraconstitucional, entretanto, a doutrina discute ardentemente a possibilidade de serem eles considerados direitos fundamentais. Doutrinadores de peso como Luiz Guilherme Marinoni, Ingo Sarlet¹⁴¹⁷ e Cláudio Ari Mello¹⁴¹⁸ defendem que, havendo compatibilidade constitucional, os direitos da personalidade podem ser entendidos como direitos fundamentais e, portanto, intimamente interligados aos direitos humanos. E assim, na citada opinião consultiva, é discutido e por várias vezes tido por plausível a proteção dos direitos humanos da pessoa jurídica, vez que não haveria na Convenção, distinção entre a proteção de pessoa física e pessoa jurídica, e que, se houvesse essa distinção, a decisão seria desarrazoada, ferindo a igualdade e a paridade de armas da pessoa física e da pessoa jurídica.

Com alguns exemplos, é perceptível o elo normativo entre a jurisprudência do STJ relacionado às cotas universitárias, quando da fundamentação utilizando o princípio da razoabilidade como corolário da igualdade para conceder a utilização das cotas, com a jurisprudência da CIDH, que, apesar de não tratar do tema cotas universitárias, trata de outros temas tão caros quanto, interligados com o princípio da igualdade, e

1417 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018 P. 274/275

1418 MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O novo código civil e a constituição. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 77.

em que se é necessário ponderar com a razoabilidade, para se chegar a decisões que não violem um princípio tão importante para todos os seus destinatários.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ações afirmativas presentes em vários países do mundo são criadas com a finalidade de busca de superação de desigualdades e efetivação do princípio da igualdade. No Brasil, esteve presente em todas as Constituições, contudo, só na Constituição de 1988 é que houve a uma maior busca pela efetivação da igualdade material.

Assim, a lei de cotas é um exemplo de medida de efetivação da igualdade material, pois buscou equiparar classes sociais privilegiadas com aquelas que sofreram diversos preconceitos e dificuldades ao longo dos séculos. Além da lei de cotas, temos como exemplos também o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Lei Maria da Penha, institutos que visam igualar classes sociais que sabidamente foram reprimidas e por séculos consideradas inferiores.

Sabendo da relação entre a lei de cotas e o princípio da igualdade, a proposta desse trabalho foi analisar a jurisprudência do STJ a sua aplicação do princípio da igualdade ao decidir ações que versavam sobre cotas universitárias. Após essa etapa, também tivemos o objetivo de analisar os resultados dessa pesquisa com a jurisprudência da CIDH que versassem também sobre violações ao princípio da igualdade e como essas foram solucionadas.

Para isso, o primeiro passo foi a busca das jurisprudências nesse período, colocando no buscador do STJ a palavra-chave “ações afirmativas”. Foram encontradas 12 (doze) jurisprudências no período, dentre as quais 9 (nove) tinham relação com o propósito do trabalho, ou seja, versavam sobre decisões relacionadas com a lei de cotas universitárias.

Foi feita a análise de cada uma das jurisprudências, buscando as argumentações desde as petições iniciais, passando pelas sentenças de primeiro grau, decisões nos recursos nos Tribunais e por fim, as decisões emanadas pelo STJ, em sede de Recurso Especial ou agravos (internos, regimentais, agravo em recurso especial). Observou-se a prevalência do princípio da razoabilidade nas decisões que concederam o uso de cotas; e o princípio da autonomia universitária nas decisões que negaram o uso de cotas.

Neste conseqüente, restou claro que o princípio basilar utilizado pelo STJ para conceder as cotas universitárias não era propriamente o princípio da igualdade, e sim, o princípio da razoabilidade, e que quando não havia fundamentação forte para conceder as cotas, o STJ utilizava-se do princípio da autonomia universitária, princípio constitucional também reproduzido na Lei de Diretrizes e Bases da Educação. O princípio da razoabilidade foi o princípio adotado, mas o efeito da decisão propriamente era efetivar

o princípio da igualdade para o solicitante, motivo pelo qual se observa que o princípio da razoabilidade se torna corolário do princípio da igualdade.

Após a análise da jurisprudência brasileira, passou-se à análise da jurisprudência interamericana da CIDH. Tiveram prevalência as decisões que versavam sobre a incidência do princípio da igualdade e da não-discriminação, bem como as que utilizavam o princípio da razoabilidade para efetivar outros direitos. E o que pôde ser observado é que, apesar de não haver na jurisprudência da CIDH referência às necessidades de ações afirmativas como forma de efetivação do princípio da igualdade, notou-se que em outros casos, como no caso de reconhecimento de direitos de casais de mesmo sexo, dos direitos da pessoa jurídica frente à CIDH, o princípio da razoabilidade foi usado de forma muito semelhante à forma como foi usada pelo STJ para decidir nos processos de cotas universitárias: como um princípio corolário ao princípio da igualdade, ou seja, utilizando-se a razoabilidade para efetivar a igualdade, nos casos em que claramente havia a discriminação e falta de isonomia.

BIBLIOGRAFIA

ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra. *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*. Oxford University Press, 2017.

BAHIA, Flavia. *Direito Constitucional*. 4 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

BARBOSA. Rui. Oração aos moços. *Revista editorial Palavras em Ação*. 5 ed. Rev. Brasília: Caixa, 2015.

BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. *Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo*. São Paulo: Anhembi LTDA, 1955.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, Vol. II. Livraria Freitas Bastos, São Paulo, 1956.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A virtude Soberana: A teoria e a prática da igualdade*. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAUSTO, Bóris. *História do Brasil*. São Paulo, 12ª Edição. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em <<https://mizanzuk.files.wordpress.com/2018/02/boris-fausto-historia-do-brasil.pdf>>. Acesso em 04 de set 2019.

FREYRE, Gilberto. *Tribuna da Imprensa*, 19 jul. 1950.

GOMES, Laurentino. *ESCRavidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares*. Rio de Janeiro, Globo Livros. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v.7, n.7, 2010. Disponível em <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em 08 de nov. 2019.

LOUBACK, Joyce. *Os conceitos de igualdade, cidadania e democracia nos discursos do campo popular ao longo da Assembleia Constituinte de 1987-1988*. Rio de Janeiro: UERJ (Tese de Doutorado), 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018 P. 274/275

MAZIEIRO, Guilherme. *Em 4 anos, Brasil reduz investimento em educação em 56%; cortes continuam*. Disponível em < <https://educacao.uol.com.br/noticias/2019/05/02/em-4-anos-brasil-reduz-investimento-em-educacao-em-56.htm>>. Acesso em 24 de novembro de 2019.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 77.

MELLO, Marco Aurélio. *Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas*. Seminário Nacional: Discriminação e Sistema Legal Brasileiro. Tribunal Superior do Trabalho, 20 de novembro de 2001. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/110316/2001_mello_marco_otica_constitucional.pdf?sequence=1. Acesso em 30 de outubro de 2019.

MOEHLECKE, Sabrina. *Ação afirmativa: história e debates no brasil*. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>>. Acesso em 20 ago 2019.

NASCIMENTO, André José do; MEDEIROS, Maria da Glória de. *O fim da escravidão e suas consequências*. 2010, p. 310. Disponível em < <http://www.unicap.br/coloquiodehistoria/wp-content/uploads/2013/11/4Col-p.309.pdf>>. Acesso em 20 ago 2019.

PIMENTA BUENO; José Antonio. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Typ. de J. Villeneuve, 1858.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 241-269, jan. 1998. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47142>>. Acesso em: 30 Out. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v211.1998.47142>.

A PESSOA TRANS E A NOVA CLASSIFICAÇÃO DA CID DIANTE DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Fernanda Cristina Barros Marcondes

Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro

Miguel Horvath Júnior

RESUMO: Tendo em vista que a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde CID-10, que está em vigência, classifica a transexualidade como uma patologia, e tendo em vista que a CID-11, prevista para estar em vigor em 2022, classifica a pessoa trans como uma “incongruência de gênero”, o presente artigo tem o principal objetivo de discorrer se a nova classificação da CID está em consonância com os valores de igualdade, liberdade, não-discriminação, dentre outros, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). A pesquisa possui caráter bibliográfico. Uma das conclusões é que a nova classificação da CID além de não patologizar a pessoa trans, promove um maior acesso aos serviços de saúde e aos benefícios da previdência, estando – assim – a nova CID em consonância com os valores da CADH.

PALAVRAS CHAVES: Pessoas transexuais. CID. O valor da liberdade na CADH. O valor da igualdade na CADH. Convenção Americana de Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Terminologia aplicada ao tema; 3. Os direitos humanos aplicados para a proteção da pessoa transexual diante da Convenção Americana de Direitos Humanos; 4. o princípio da igualdade, da liberdade e da não-discriminação no exercício do direito das pessoas trans; 5. A mudança da CID-10 para a CID-11 em torno da pessoa trans e as suas consequências jurídicas; 6. O benefício por incapacidade transitória para pessoas transexuais diante da CID-11; 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A partir da metade do século XX, houve a efervescência de diplomas internacionais a fim de promoverem os Direitos Humanos, destacando-se a Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948, seguida por uma gama de Tratados e Convenções Internacionais, destacando a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, e seu mecanismo de aplicabilidade desses direitos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Paralelo a isso, a partir da década de 1970, houve a eclosão dos novos movimentos sociais, destacando-se entre eles o movimento das lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis - LGBT. Esses novos agentes de direitos lutam contra os diversos tipos de preconceitos, buscando uma maior representatividade e visibilidade na sociedade e no âmbito jurídico.

No caso das pessoas transexuais, dentre os mais diversos tipos de lutas, destaca-se o combate do preconceito de que a não identificação com o sexo biológico é sinônimo de doença ou transtorno mental que deve ser curado ou corrigido. Esse preconceito existe - inclusive - no âmbito científico. Isso porque, a Organização Mundial de Saúde (OMS) lançou na 9ª edição da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), no ano de 1975, que a transexualidade é uma patologia, sendo classificada como um transtorno de identidade de gênero. Tal classificação continuou com a décima edição da CID, adotada pela conferência de 1989.

No ano de 2018, a OMS lança uma prévia da décima primeira edição da CID, prevista para entrar em vigor em primeiro de janeiro de 2022, deixando de classificar a identidade de gênero como um transtorno, e classificando no rol de “incongruência de gênero”.

A nova classificação da CID sucede algumas possibilidades de interpretação no âmbito jurídico. A primeira possibilidade é de que com a mudança da CID, a pessoa trans continua sendo patologizada e sendo vítima de preconceito, acarretando consequências no acesso à saúde e demais direitos. Sob essa ótica, a classificação da CID-11 não se coadunaria com os termos da Convenção Americana de Direitos Humanos, gerando discriminação de gênero ao incluir a pessoa trans em seu elenco.

Já a segunda possibilidade de interpretação jurídica, é que a nova classificação deixa de patologizar a pessoa trans ao colocar no rol de “incongruência de gênero”, possibilitando o acesso à saúde e o acesso à previdência, mas sem taxar como anomalia, doença ou distúrbio. Isto é, a classificação da pessoa trans como “incongruência de gênero” é necessário para possibilitar o acesso à Direitos Humanos Fundamentais, respeitando as liberdades clássicas da pessoa trans.

Diante disso, o principal objeto da presente pesquisa é a CID-11, sendo um dos principais objetivos compreender as consequências da nova classificação da CID no direito das pessoas trans. O objetivo é desenvolvido à luz dos valores da não-discriminação, igualdade e da liberdade dispostos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também denominado de Pacto de São José da Costa Rica, que no corrente ano, completa 28 anos de existência. Assim, esse artigo possui o principal objetivo de compreender as consequências no direito das pessoas trans diante da nova classificação da CID.

A pesquisa possui caráter bibliográfico, utilizando dos principais materiais on-line e impressos que discorram sobre o assunto, sendo doutrinas, artigos e trabalhos acadêmicos, livros. A partir, então, da coleta desses materiais que versam sobre a temática da pesquisa, busca-se elaborar a presente pesquisa.

2. TERMINOLOGIA APLICADA AO TEMA

Para conseguir executar o objetivo do presente artigo, deve-se começar pelo primordial, que é conceituar e compreender alguns conceitos básicos como gênero, identidade de gênero, orientação sexual, LGBT. Isso porque, tais conceitos são essenciais para compreensão do tema.

A sigla LGBT significa lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Tal sigla, portanto, traz uma gama de reivindicação de diferentes setores em torno de diversas pautas de opressão. Para entender as bandeiras do movimento LGBT e os conceitos básicos desse trabalho, faz-se importante diferenciar orientação sexual da identidade de gênero.

Assim, antes de adentrar no conceito de identidade de gênero, faz-se importante compreender o que é gênero em si, haja vista que há inúmeras perspectivas epistemológicas para analisar a categoria gênero.

Saffioti (2011, p. 45-46) afirma que não é em todo tempo histórico que gênero significa a primazia de homens sob as mulheres, haja vista que gênero é conceito geral, mas que patriarcado é a categoria específica, que diferencia o poder entre homens e mulheres. Nesse viés, não é o conceito de gênero que significa a subjugação das mulheres em relação aos homens, e sim o patriarcado, já que gênero seria uma categoria geral e histórica. A autora (SAFFIOTI, 2011, p. 45) afirma que cada feminista enfatiza determinado aspecto do gênero, mas que há um consenso de que o gênero é a construção social do masculino e do feminino.

Apesar da importante contribuição de Saffioti para o pensamento teórico, o seu conceito de gênero fica limitado como referencial para esta pesquisa, na medida que sua análise é desenvolvida a partir da relação de poder entre homens e mulheres sob o prisma do patriarcado, não podendo ser utilizado para se refletir o conceito de identidade de gênero ou do direito das pessoas transexuais.

Além disso, destaca-se a terminologia - mais ampla - de Clélia Bueno sobre gênero. Bueno (2006, p. 96) afirma que gênero trata de algo subjetivo, sendo um conceito relacional, dialético. O gênero, nesta perspectiva, não está associado diretamente ao sexo biológico. Embora as pessoas nasçam com órgãos sexuais reprodutores específicos, características fisiológicas e hormonais, o gênero possui relação com fatores sociais, culturais e psicológicos.

Para além das perspectivas teóricas levantadas, destaca-se a Teoria Queer, que é muito importante para a compreensão da transexualidade. Segundo o professor da USP, Richard Miskolci (2009), a Teoria *Queer* emergiu nos Estados Unidos ao fim da década de 1980, em oposição crítica aos estudos sociológicos sobre minorias sexuais e gênero, utilizando do termo queer a fim de firmar um compromisso em desenvolver uma reflexão analítica da normalização que, naquele momento, era focada na sexualidade, haja

vista que a expressão queer era comumente usada para denotar alguma anormalidade, perversão e desvio.

Assim, ao longo dos anos, os adeptos da teoria Queer desenvolveram robusta produção acadêmica. No Brasil se utiliza como referencial a autora norte-americana Judith Butler. A teoria queer é pós-estruturalista, adotando um conceito de gênero fluido e de não-binariedade. Isto é, nesta linha teórica, não existe apenas o gênero homem-masculino e o gênero mulher-feminino, podem existir pessoas que não são nem homem e nem mulher, ou podem ser mulher em um dia e homem em um outro.

Miguel de Almeida (2004, p. 92), por sua vez, com base na obra de Annamarie Jagose de 1996 sobre “Uma Introdução a Teoria Queer”, explica que os debates sobre a homossexualidade podem ser vistos em termos de uma negociação entre posições essencialistas e construccionistas, já que as primeiras encaram a identidade como natural, fixa e inata, enquanto a segunda posição entende a identidade como fluida, sendo efeito do condicionamento social e dos modelos culturais disponíveis.

A Teoria Queer, portanto, contesta uma visão fixa e imutável de gênero, compreendendo a identidade como algo fluido e reflexo dos condicionamentos culturais e educacionais do que é ser homem e mulher. Nessa dimensão, portanto, encontra-se o conceito de identidade de gênero, que é a pessoa se identificar como homem ou mulher, independente dos órgãos reprodutores que possui.

Ao se pensar o conceito de identidade de gênero, há outros dois conceitos que emergem: cisgênero e transexual. Cisgênero é aquele que se identifica com o gênero que – socialmente foi estabelecido - com compatibilidade com os órgãos reprodutores de nascimento. Já a pessoa transexual é quem não se identifica com o gênero que – socialmente foi estabelecido – não se identificando com os órgãos reprodutores de nascimento. Juliana Deodoro (2016), ao diferenciar cisgêneros de transgêneros, assevera que cisgêneros são aqueles que se identificam com o gênero que lhes foi atribuído no nascimento, já para os transgêneros não há essa identificação.

O transgênero é um conceito novo para a morfologia, em seu entendimento *lato sensu* abrange tanto os travestis quanto os transexuais, segundo aponta Aline Celestino (2017). Entendimento divergente foi adotado pela sétima versão dos Padrões de Cuidado da Associação Profissional da Saúde Transgênera¹⁴¹⁹, ao explicar a diferença entre transexualidade ou disforia de gênero da não-conformidade com o gênero, também chamado de transgenerismo, (COLEMAN, 2018).

Nesse sentido, Assis Moreira Silva Júnior (2014, p. 21) ensina que os transexuais são as pessoas que de alguma forma se sentem desconectadas psiquicamente com o sexo

1419 O termo na língua original inglesa é Standards of Care da Word Professional Association for Transgender Health, ou simplesmente WPATH.

de nascimento; enquanto os travestis, embora aparentemente sua identidade de gênero esteja mais relacionada e voltada para o sexo oposto, eles não possuem essa desconexão.

Maria Berenice Dias (2010, p. 1) explica que ainda que o transexual reúna em seu corpo todos os atributos físicos de um dos sexos, seu psiquismo pende ao sexo oposto, nutrindo um profundo inconformismo com o sexo anatômico e intenso desejo de modificá-lo. A pesquisadora Lanz (2014, p. 70), por sua vez, afirma que a não conformidade com a norma de gênero está na raiz do fenômeno transgênero, sendo ela, e nenhuma outra coisa mais, que determina a existência do fenômeno transgênero.

Ademais, faz-se importante afirmar, que uma pessoa transexual, por exemplo, pode ser heterossexual. Isto é, identidade de gênero é um conceito diferente de orientação sexual. A orientação sexual, então, como o próprio nome já diz, significa atração sexual por homens, mulheres, por ambos, por nenhum tipo de pessoa. Desse conceito mais geral derivam outros conceitos como homossexual, heterossexual, bissexual, panssexual, demissexual, dentre outros.

Segundo Borrillo (2010, p. 23) orientação sexual está relacionado com a pulsão sexual e com sua concretização, sendo assim, se a atração sexual é dirigida para pessoas do mesmo sexo, designa-se tal orientação por 'homossexualidade'; se ela se inclina para o sexo oposto, trata-se da 'heterossexualidade'; e, ainda, de 'bissexualidade', se o sexo do parceiro é indiferente.

Atualmente, vem crescendo as classificações em torno da orientação sexual, existindo aqueles que se consideram pansexuais, demissexuais, assexuais. Pansexuais são pessoas que sentem atração sexual, romântica ou emocional em relação às pessoas, independentemente de seu sexo ou identidade de gênero. Os demissexuais sentem atração pela inteligência da outra pessoa, independente de qual gênero ela seja. Os assexuados, por sua vez, são pessoas que não possuem atração sexual por nenhum tipo de gênero.

Ressalta-se novamente que a identidade de gênero e orientação sexual são coisas distintas, por isso que uma pessoa cisgênero pode ser heterossexual, bissexual, homossexual, dentre outros; do mesmo modo que uma pessoa transexual também pode ter qualquer tipo de orientação sexual, podendo ser heterossexual, bissexual, homossexual, panssexual, demissexual, assexual.

Acerca dos conceitos de gênero e identidade de gênero, deve-se ressaltar, que eles não podem ser confundidos com pessoas que se performam com roupas típicas do sexo oposto. Jacqueline de Jesus (2012, p. 13) explica que um homem crossdresser, que sente prazer em usar roupas femininas, identifica-se como homem, e geralmente tem uma vivência heterossexual; e que um artista transformista denominado dragqueen ou drag king, mesmo se vestindo como alguém de gênero diferente do seu, não necessariamente se reconhece como alguém desse outro gênero, e grande parte deles não é homossexual.

Já os conceitos utilizados para designar aqueles que possuem preconceito contra os grupos LGBT são denominados de homofobia, lesbofobia, bifobia, transfobia. A homofobia significa repulsa contra os homossexuais, que não se caracteriza apenas como uma forma de repulsa mental/interna daquele que é homofóbico, ela se materializa com práticas de discriminação e de ódio, podendo ser física, psicológica e verbal. Além do termo homofobia, há o termo lesbofobia para indicar discriminação contra mulheres lésbicas; bifobias contra pessoa que é bissexual; transfobia contra pessoa transexual.

Por fim, no ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal - ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4733 - criminalizou o preconceito e as manifestações de ódio e discriminação contra a população LGBT, devendo ser aplicado o enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que haja nova lei sobre a matéria.

3. OS DIREITOS HUMANOS APLICADOS PARA A PROTEÇÃO DA PESSOA TRANSEXUAL DIANTE DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A expressão Direitos Humanos, conforme apontam Santos; Smith (2017, p. 1102) conclamam a totalidade dos direitos inerentes à condição de ser humano, necessários à existência digna, que permita a perfeita realização do indivíduo, sendo a construção de normas que reconheçam esses direitos uma estratégia de afirmação e efetivação.

Existem diversas correntes epistemológicas do pensamento que visam compreender e discutir o nascedouro dos Direitos Humanos. Algumas perspectivas teóricas apontam a emergência dos Direitos Humanos com as Declarações de Direitos do Século XVIII, como a Declaração do Bom Povo da Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776.

Outras correntes, discordam que essas declarações possam ser consideradas como um marco do nascedouro dos Direitos Humanos. Nesse sentido, deve-se destacar os dizeres de Escrivão Filho; Sousa Júnior (2018) ao proferirem que a investigação dos direitos humanos não deve ser fixa ou tendo como marco inicial as declarações das cartas e de direitos que tiveram força política e econômica para irromper a história do ocidente. Isso porque, a luta indígena contra os colonizadores europeus, por exemplo, também deve ser considerada uma luta de direitos humanos, possuindo a mesma disputa civilizatória pela defesa do seu modo de vida, e território, como as outras declarações modernas que são consideradas direitos humanos, (ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JÚNIOR, 2018, p. 23-24).

As palavras de Escrivão Filho e Sousa Júnior destacam que a luta dos direitos humanos não se encontra apenas em um âmbito instituído do direito moderno, mas há

séculos, quando os povos originários buscavam o direito pela identidade, territorialidade, personalidade e à vida, ainda, que oficialmente não fossem considerados como tal.

No entanto, a institucionalização e a codificação dos direitos humanos também são importantes para a realização e efetivação desses direitos. Nesse sentido, destaca-se a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – a qual cunhou o próprio termo “Direitos Humanos” como relevante marco democrático e de reconhecimento internacional. De acordo com Norberto Bobbio (2004), foi apenas com essa Declaração Universal que os Direitos Humanos tiveram a sua maior maturação:

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. [...] A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais. (BOBBIO, 2004, p. 19).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos do ponto de vista simbólico tem um papel de consagrar um novo marco de civilidade. Sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos assim se posicionou Bobbio (2004, p. 16) o “problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos já traz alguns princípios que são aplicáveis ao se pensar o direito das pessoas transexuais. Nesse sentido, o artigo 2º da declaração destaca os valores da liberdade, igualdade e não discriminação ao dispor que toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião, ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

Após a declaração de 1948, surgiram uma gama de tratados e convenções internacionais que buscaram tratar alguns direitos humanos de modo mais específico. No caso das pessoas transexuais, deve-se destacar a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica que entrou em vigor em 18 de julho de 1978, sendo atualmente uma das bases do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos.

Piovesan (2012, p. 73) explica que quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras, sendo assim, o sistema regional interamericano tem em sua origem o para-

doxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos.

Já no primeiro artigo do Pacto de San Jose o princípio da liberdade, da igualdade e da não-discriminação é destacado, apontando que os Estados Partes devem respeitar os direitos e liberdades, garantir o livre e pleno exercício de toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Os Direitos Humanos de modo geral, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, possuem um papel crucial de proteger as minorias vulneráveis de todo tipo de preconceito, violência, opressão e desigualdade. Dentre estas minorias a pessoa transexual.

Sturza; Schorr (2015) destaca que ao ir em busca do reconhecimento de uma vida digna, o indivíduo transexual, acaba tendo que buscar o amparo dos órgãos internacionais e nacionais de proteção aos direitos humanos para ver-lhes garantido um direito que é inerente a todo e qualquer ser humano, mas que, no caso concreto, é tolhido ou possui forte resistência por parte expressiva da sociedade

Santos; Smith (2017, p. 1571) ao estudarem e analisarem diversos informes feitos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre casos de violência de direitos das pessoas transexuais, chegaram à conclusão que tais mecanismos jurídicos internacionais trazem uma série de avanços para a efetividade do direitos das pessoas transexuais em âmbito regional, destacando que a determinação do fundamento e da previsão normativa do direito à igualdade, que impactam no reconhecimento das pessoas LGBTI como grupo protegido contra a discriminação.

Ademais, no âmbito internacional, em 2008, houve a edição da Resolução nº 2.435, sobre os Direitos Humanos, a orientação sexual e a identidade de gênero, aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), um importante marco na delimitação dos direitos das pessoas trans. Ainda em 2008 foi publicada a Declaração A/63/635 da Organização das Nações Unidas (ONU), aprovada por 66 países, incluindo o Brasil, condenando violações dos direitos humanos por conta da identidade de gênero.

Por fim, faz-se importante destacar o caso nº 13.051 que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Vicky Hernández e sua família. Segundo (OAS ORG, 2019), o caso trata do homicídio cometido contra Vicky Hernández, uma mulher trans e defensora de direitos humanos, entre a noite de 28 de junho e a madrugada de 29 de junho de 2009, pela

polícia hondurenha. Tal caso gerou o relatório consultivo n° 24 que foi emitido no dia 24 de novembro de 2017, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao analisar o direito da identidade de gênero.¹⁴²⁰

Nesse relatório, a Corte interamericana reafirma o compromisso do Pacto de San José pela não discriminação, reforçando o direito da proteção da identidade de gênero. O relatório possui 124 páginas ao todo, e além de tratar sobre a identidade de gênero, também fala sobre a não discriminação de pessoas do mesmo sexo que namoram, isto é, tratam também da não discriminação do namoro homossexual. Um dos fundamentos do direito da igualdade de gênero e do resguardo da pessoa transexual apontado no relatório, consiste no direito da não discriminação, ao direito à igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da proteção da vida privada e da autodeterminação.¹⁴²¹

Portanto, o caso n° 13.051 de Vicky Hernández e família versus Honduras, destaca, dentre outros direitos, da igualdade, liberdade e da não discriminação da pessoa transexual. A própria Convenção Americana de Direitos Humanos traz em seu escopo os Direitos da Igualdade, Liberdade e da Não-Discriminação tão necessários para se pensar a dignidade da pessoa transexual.

4. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, DA LIBERDADE E DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO NO EXERCÍCIO DO DIREITO DAS PESSOAS TRANS

O princípio da igualdade e da liberdade ganhou destaque no movimento iluminista e na Revolução Francesa, já que um dos temas da Revolução na França era a Igualdade, Liberdade e Fraternidade. Atualmente, os valores da igualdade e de liberdade estão cunhados em diversos tratados e convenções internacionais, como também nas constituições pátrias.

Sarlet (2019, p. 495) afirma que de acordo com o artigo 5° da Constituição Federal brasileira, a liberdade constitui – juntamente com a vida, a propriedade e a segurança – um conjunto de direitos fundamentais que assume particular relevância no sistema constitucional pátrio.

1420 *Vicky Hernández e familia*, Honduras, Relatório No. 157/18, Caso No. 13.051, 7 de dezembro de 2018.

1421 Deve-se destacar uma parte do relatório da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a identidade de gênero: “La Corte recuerda que la Convención Americana protege uno de los valores más fundamentales de la persona humana entendida como ser racional, esto es, el reconocimiento de su dignidad. Es así como este Tribunal ha señalado en otras oportunidades que ese valor es consustancial a los atributos de la persona, y es, en consecuencia, un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos 200. Además, debe entenderse que esa protección se encuentra establecida de forma transversal en todos los derechos reconocidos en la Convención Americana. En relación con lo anterior, la Convención contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todos las personas deben ser tratados como iguales, en tanto son fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida. Además, la Convención Americana también reconoce la inviolabilidad de la vida privada y familiar, entre otras esferas protegidas. Este ámbito de la vida privada de las personas, ha sostenido la Corte, se caracteriza por ser un espacio de libertad exento e inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.”. *Vicky Hernández e familia*, Honduras, Relatório No. 157/18, Caso No. 13.051, 7 de dezembro de 2018.

A liberdade jurídica de acordo com Robert Alexy (2017, p. 218-219) pode ser apresentada como conceito mais amplo de liberdade, ou como conceito constitutivo, de permissão jurídica. A liberdade pode ser conceituada como qualidade que pode ser atribuída as pessoas, ações, sociedades, embora tal conceituação possa ser rudimentar e superficial. Acerca da liberdade jurídica (ALEXY, 2017, p. 226) afirma que a conexão entre os conceitos de liberdade jurídica e de permissão no sentido de negação de deveres e proibições é frequentemente descrita de diversas formas de diferentes, sendo que a liberdade jurídica pode ser classificada em dois tipos, as liberdades jurídicas protegidas e as liberdades jurídicas não protegidas.

No âmbito da questão do reconhecimento do direito da identidade de gênero e do direito das pessoas transexuais, deve-se apontar os dizeres de Benvuto; Cardin (2013, p. 120) ao afirmarem que o princípio da liberdade traz isonomia de tratamento jurídico no livre exercício da identidade de gênero.

O princípio da igualdade também deve ser utilizado para compreender o Direito das pessoas transexuais. Embora, tal princípio não reconheça que os desiguais devam ser tratados de formas iguais. Alexy (2017, p. 410) faz essa análise no âmbito da norma, afirmando que é perfeitamente possível ter uma tendência em favor da igualdade e, ao mesmo tempo, existir uma norma com tratamento igual, quanto uma norma com tratamento desigual.

O artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos, por sua vez, aponta que os Estados Partes da Convenção devem se comprometer a respeitar os direitos e liberdades, garantindo o livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem que haja qualquer tipo de discriminação.

Ao se pensar, portanto, o direito da pessoa transexual deve-se reafirmar a necessária promoção do direito à liberdade de se identificar com o gênero diferente do sexo biológico, sem que haja discriminação por isso, tratando de forma igualitária, na medida das desigualdades, com os demais tipos de pessoas.

Benvuto; Cardin (2013, p. 113) afirmam que os princípios da igualdade e da liberdade, dentre outros, fundamentam o livre exercício da identidade de gênero do indivíduo transexual que não se enquadra no padrão social heteronormativo, devendo ser garantindo o reconhecimento da pessoa trans e a sua inclusão na sociedade como meio de efetivação dos direitos e garantias individuais.

Portanto, tal debate suscita o reconhecimento do direito ao nome da pessoa trans bem como ao direito da cirurgia de redesignação sexual. No Brasil, em 2017, o Superior Tribunal de Justiça - em decisão no Recurso Especial 1.626.739/RS - admitiu a alteração do nome e sexo no registro civil pela pessoa transexual, sem necessitar de prévia cirurgia de redesignação sexual ou decisão judicial.

Portanto, o reconhecimento do direito ao nome, além de efetivar um direito da personalidade, também efetiva direitos da liberdade, igualdade e da não discriminação. Ademais, sobre o princípio da igualdade aplicado às pessoas trans, Benvuto; Cardin (2013, p. 120) salientam que o princípio da igualdade deve ser aplicado, sem que haja qualquer vedação aos transexuais, já que são discriminados no seio familiar, pelo direito, pela sociedade em decorrência de sua condição.

Tais direitos, portanto, remetem ao questionamento da necessidade de avançar na promoção de direitos das pessoas transexuais, sobretudo em relação aos direitos da cirurgia de redesignação sexual, o acesso aos serviços de saúde para tratamento hormonal e o necessário amparo da Previdência Social. Isto é, efetivar, portanto, o direitos da igualdade, liberdade e da não discriminação da pessoa transexual é proporcionar direitos no âmbito da Seguridade Social.

Ademais, deve-se buscar promover tais direitos sem a necessidade de patologizar a pessoa transexual, embora, seja importante para a promoção dos direitos desse grupo, a necessidade de estarem colocados no rol da CID a fim de que seus direitos no âmbito da Seguridade Social sejam resguardados.

5. A MUDANÇA DA CID-10 PARA A CID-11 EM TORNO DA PESSOA TRANS E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

A Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID) classifica e codifica doenças, bem como sinais, sintomas, achados anormais, denúncias, circunstâncias sociais e causas externas de danos e/ou doença através de um código. O código contém até seis caracteres, servindo como referência internacional para a classificação de doenças e demais estado de saúde.

A CID é publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), sendo revista periodicamente, permitindo a classificação internacional de doenças e demais estados de saúde, promovendo estatísticas, estudos e comparação internacional da coleção, processamento, classificação e apresentação do tipo de estatísticas. Portanto, não é porque algum estado de saúde está classificado pela CID que significa patologia, doença, anormalidade.

Conforme aponta Jacqueline Gomes Jesus (2010, p. 104), a 9ª edição da CID, do ano de 1975, indicava procedimentos cirúrgicos como uma forma de tratamento, e que apesar de patologizar as pessoas trans, possibilitava aos médicos fazerem uma intervenção, sem serem acusados de cometerem lesões corporais. Naquele momento, a CID incluía o transexualismo como transtorno de identidade de gênero.

Maria Berenice Dias (2010, p. 2), destaca que no IV Congresso Brasileiro de Medicina Legal, realizado em São Paulo em 1974, a cirurgia de adequação de sexo foi

classificada como mutilante, e não como corretiva. Sendo tal cirurgia ainda tipificada como lesão, sob o ponto de vista penal, além de sua realização implicar em ferimento do Código de Ética Médica, (DIAS, 2010, p. 2). Ademais, de acordo com a pesquisadora Jesus (2010, p. 104), até 1997, o Conselho Federal de Medicina (CFM) proibiu no Brasil as cirurgias de redesignação sexual.

A CID-9 vigorou até 1992, sendo substituída pela décima edição da CID-10, no qual a transexualidade continuou sendo identificada como um transtorno, (JESUS, 2010, p. 104). A CID-10 elencou como doença de Código F-64, os transtornos de identidade sexual. Esta doença ocorreria pelo desejo que o indivíduo possui de ser aceito como pessoa do sexo oposto, o que geraria a vontade de passar por um procedimento cirúrgico ou tratamento hormonal, a fim de transformar seu corpo o quanto similar possível ao sexo que almeja obter.

Atualmente, essa CID continua em vigor, já sendo prevista a substituição pela décima primeira edição. A CID-11, por sua vez, foi lançada no dia 18 de junho de 2018, ao ser apresentada para adoção dos Estados-Membros em maio de 2019, durante a Assembleia Mundial da Saúde. Devendo entrar em vigor em 1º de janeiro de 2022.

A prévia textual retirou a transexualidade do rol de doenças de transtornos mentais e a realocou no capítulo que trata sobre a saúde sexual. Este ato teria como fundamento colocar a transexualidade em um capítulo menos estigmatizante, mas não retirá-la da CID, pois há países que só fornecem políticas públicas de saúde se esta estiver ainda elencada no rol de doenças.

Com a entrada em vigor da CID-11, a transexualidade deixa de ser considerada como patologia e passar ser identificada como incongruência de gênero. Portanto, a OMS não quis dizer que a transexualidade é um transtorno mental, mas sim que é necessário garantir atendimento específico de saúde para a população transexual.

No Brasil, a retirada da transexualidade da CID não seria benéfica pelo temor de se perder o direito ao processo de transexualização financiado pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Conforme explica Guilherme Almeida (2010, p. 117) conduzir uma campanha pela despatologização no Brasil, sem discussões aprofundadas, é algo perigoso e pode ser politicamente regressivo, por outro lado ficar inerte é operar um sistema de não inclusão do transexual, face à política de não discriminação.

Nesta senda, os Estados Unidos através da Associação Americana de Psiquiatria (AAP) retirou o termo “transtorno de identidade de gênero” para diagnosticar as pessoas que são transexuais. Nessa linha de raciocínio, a transexualidade não é mais, para essa Associação, considerada uma doença.

Nesse mesmo passo, o Brasil através da Resolução nº 01 de 2018 do Conselho

Federal de Psicologia¹⁴²² proibiu os psicólogos brasileiros de tratarem a transexualidade como doença ou anomalia.

Os estudos sobre a despatologização da transexualidade, segundo trabalho realizado por Bento Manoel de Jesús (2013, p. 95), fazem parte de uma nova formação ideológica para este gênero. Estes estudos provocam indagações, demonstrando a necessidade desse tipo de movimento para enfatizar que existem diferenças, que quando não são observadas produzem desigualdade de direitos.

Assim, diante da prévia da décima primeira edição da CID, faz-se mister compreender qual é o impacto dessa nova classificação para a promoção dos Direitos das pessoas transexuais disposta na Convenção Americana de Direitos Humanos, tais quais o direito da igualdade, liberdade e da não discriminação sendo aplicado – sobretudo – no que diz respeito a Seguridade Social, mais especificamente à contingência incapacidade no âmbito da Previdência Social.

6. O BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE TRANSITÓRIA PARA PESSOAS TRANSEXUAIS DIANTE DA CID-11

A prévia textual da CID-11 retirou a transexualidade do rol de doenças de transtornos mentais e a realocou no capítulo que trata sobre a saúde sexual, classificando a pessoa trans não como um doente ao taxá-los como “transtorno de identidade de gênero”, mas como uma “incongruência de gênero”. A nova classificação da CID, portanto, remete uma reflexão mais aprofundada no que se refere aos demais direitos das pessoas transexuais, especificamente, ao benefício por incapacidade transitória no âmbito da Previdência Social.

O atual sistema de cobertura previdenciária contra os riscos sociais tem os seus pilares na promoção do Estado do Bem Estar Social e na conquista da proteção social. A determinação do mínimo de subsistência digna reflete no direito da pessoa às prestações indispensáveis para viver de acordo com o que preceitua o princípio da dignidade da pessoa humana, (CONCEIÇÃO, 2017, p. 1).

A noção de risco social protege, portanto, o cidadão em todas as situações que geram necessidade social, especialmente nos riscos individuais que podem obrigar o segurado protegido a findar seu trabalho por ocasião de riscos fisiológicos advindos da incapacidade laboral, idade avançada ou morte, de acordo com os apontamentos de Paul Durand (1991, p. 59).

1422 Art. 4º da Resolução nº 01 do Conselho Federal de Psicologia do Brasil “As psicólogas e os psicólogos, em sua prática profissional, não se utilizarão de instrumentos ou técnicas psicológicas para criar, manter ou reforçar preconceitos, estigmas, estereótipos ou discriminações em relação às pessoas transexuais e travestis”. RESOLUÇÃO nº 01, de 29 de janeiro de 2018. Conselho Federal de Psicologia. Disponível em <https://atosoficiais.com.br/lei/normas-de-atuacao-para-as-psicologas-e-os-psicologos-em-relacao-as-pessoas-transexuais-e-travestis-cfp>. Acesso em: 26 maio 2018.

Assim, o sistema de Seguridade Social, mais especificamente a Previdência Social no País, tem por finalidade garantir o benefício de prestações pecuniárias substitutivas do salário perdido em razão da verificação de inúmeras eventualidades, que estão protegidas por lei. Os segurados deste sistema contribuem para ter acesso ao rol desses benefícios.

Dentre uma gama de benefícios previdenciários, a incapacidade laboral, por sua vez, ocupa efetivamente um lugar de destaque em toda a política da previdência social. A incapacidade é uma impossibilidade temporária ou definitiva do indivíduo para exercer suas funções laborativas ou ocupacionais e até mesmo atividades habituais, ocasionadas por modificações provenientes de doenças ou acidentes, para o qual este era habilitado anteriormente.

É valoroso apontar que a existência de uma doença não significa a presença de incapacidade pessoal ou laborativa, caracterizando-se assim, que o impedimento inviabiliza apenas uma atividade específica; atinge diversas atividades profissionais ou pessoais ou; extingue a possibilidade de exercício para qualquer atividade; respectivamente.

Por muitas vezes o trabalhador se vê limitado a laudos médicos que ficam adstritos ao conceito de incapacidade física ou psicológica. Ponto central é destacar o conceito de incapacidade social, que se encaixará perfeitamente no desenvolvimento lógico para a compreensão do tema incapacidade *versus* transexualidade.

Isso porque, as concessões de benefícios por incapacidade não podem estar atreladas apenas aos laudos médicos, devem ser mais amplos, reconhecendo o contexto social. Isto significa que fatores sociais, econômicos e culturais do indivíduo transexual, bem como a idade, o grau de escolaridade, o acesso ao mercado de trabalho, assim como aspectos discriminatórios devem ser levados em consideração pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, os julgadores e os juristas na hora da concessão de um benefício. Tãmanhas reflexões deverão seguir a partir do contexto cultural, quanto à questão da discriminação do segurado no mercado de trabalho na conquista de um novo emprego¹⁴²³.

Ademais, quando a pessoa transexual busca serviços médicos de saúde para promover a mudança de sexo, há uma gama de serviços envolvidos, como tratamentos psiquiátricos, endócrinos e hormonais culminando com um processo cirúrgico que gerará incapacidade, ainda que temporária do indivíduo transexual segurado do sistema previdenciário.

1423 A Turma Nacional de Uniformização (TNU) no Brasil por sua vez reconheceu que o aisético terá direito de ser verificado para concessão do benefício por incapacidade o seu aspecto social ou assistencial. Vejamos a Súmula 78 da TNU quanto ao mérito narrado: “Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença”. TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS – **Súmula n.º 78** [Em linha]. Data de Julgamento 11/09/2014. Data de Publicação: 17/09/2014. Disponível em <http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=78>. Acesso em: 29 Maio 2018.

Importante destacar que o benefício não é concedido pela patologia “transexualismo”, (Código F-64 da versão 10 do Código Internacional de Doença) mas sim pelos reflexos causados na saúde, com reflexos na capacidade laborativa. Dentre estes, os efeitos colaterais que a ingestão de hormônios pode causar, na recuperação de um processo cirúrgico de grande porte de mudança de sexo ou a adoção de características do sexo oposto, bem como o quadro depressivo que a aceitação de um processo cirúrgico de adequação de sexo pode gerar.

O transexual é vítima frequente de processos de discriminação. Sendo assim, a incapacidade social também é um grande vetor para a concessão do benefício por incapacidade temporária para aqueles que sofrem abalos psicológicos e sociais de diversas formas. Entretanto, ninguém deverá ser aposentado por incapacidade permanente pelo simples fato de ter realizado a operação de mudança de sexo ou possuir abalos transitórios de adequação.

Por isso, a retirada total da pessoa transexual da CID pode gerar polêmicas de restrição de acesso à cirurgia de mudança de gênero pelo SUS (Sistema Único de Saúde), bem como a não concessão dos benefícios previdenciários, como o benefício por incapacidade provisória. Portanto, a retirada total da CID da pessoa transexual não pode acontecer a fim de não prejudicar a efetivação de Direitos Humanos.

Por isso, a redação da CID-11 encontra-se em consonância com os valores da Convenção Americana de Direitos Humanos, pois deixou de considerar a pessoa transexual como uma pessoa doente e passou a classificar como uma “incongruência de gênero”, evitando que haja tratamentos discriminatórios no que se refere ao acesso à saúde das pessoas transexuais.

Assim, as pessoas trans – caso queiram – podem se submeter à cirurgia de redesignação sexual, bem como a tratamentos hormonais, a fim de estarem em consonância com a aparência do gênero que se identificam. Portanto, a classificação da pessoa trans na CID-11 como “incongruência de gênero” permite a não discriminação, bem como o exercício do direito da liberdade e da igualdade, ao promover o reconhecimento do necessário atendimento médico e a benefícios previdenciários.

Quando o Estado cria normas e políticas públicas para executar esses serviços para as pessoas transexuais não está tratando de modo diferente das pessoas cisgênero. Visto que a promoção de serviços desiguais para cada tipo de identidade gênero faz-se efetivar o direito e o princípio da igualdade. Isto é, podem uma mulher cis e uma mulher trans, por exemplo, necessitarem de diferentes tipos de serviços médicos, especialidades, exames, dentre outros serviços de saúde, mas ambas as mulheres – independente da identidade de gênero – devem ter o direito da igualdade e da liberdade respeitados.

Entretanto, faz importante fazer uma ressalva, visto que não se pode olvidar que a despatologização pode ser um fato gerador de novas discriminações quanto às liberdades clássicas das pessoas trans. Isso porque, as políticas de seguridade social no Brasil envolvem diretamente o acesso da pessoa trans aos benefícios por incapacidade e as políticas de saúde pública, como a cirurgia de mudança de gênero. Assim, de um lado percebe-se um avanço, por outro lado pode haver retroalimentação das discriminações se não mantidas as garantias de acesso aos tratamentos médico e cirúrgicos e demais políticas públicas específicas para as pessoas trans.

As políticas de seguridade social estão diretamente ligadas ao bem-estar da pessoa transexual e as suas liberdades clássicas. Desta forma, dentro dos preceitos clássicos do Pacto de San José da Costa Rica, caso se despatologize a “incongruência de gênero” no âmbito da CID-11, que pelo menos seja garantido na legislação nacional normas mais claras, a fim de concederem acesso às políticas de Seguridade Social para a pessoa trans, impedindo que esta sofra discriminações.

7. CONCLUSÃO

Com a nova classificação da CID-11, a transexualidade deixa de ser considerada um transtorno de personalidade e passa a ser considerado uma incongruência de gênero. Isto é, a Organização Mundial de Saúde (OMS) deixa de classificar a pessoa trans como patologia, mas mantém na CID, compreendendo que tais pessoas necessitam de acesso a serviços básicos de saúde, como cirurgia de redesignação sexual ou tratamento hormonal, por exemplo.

Diante disso, distintas análises são feitas em torno dessa classificação. Por um lado, há a necessidade de tirar totalmente a pessoa trans da nova classificação da CID, visto que transexualidade não é doença, e sim uma característica individual, um tipo de identidade de gênero como qualquer outro. Por essa análise, a permanência do transexual na CID, ainda que não seja na classificação de patologia, acarreta a inefetividade do acesso aos serviços de saúde e demais direitos, por estigmatizar a pessoa transexual.

Pelo outro lado, a retirada total da pessoa transexual na CID, ou até mesmo a despatologização, poderia implicar na inefetividade de direitos, desrespeito à proteção da identidade, de autodeterminação, da liberdade e da não discriminação.

Tais debates estão dispostos à luz dos Direitos Humanos e, principalmente, da Convenção Americana de Direitos Humanos, visto que tanto os Direitos Humanos de modo geral, como a própria Convenção são instrumentos para efetivação da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos destacam princípios e direitos da pessoa transexual como o direito à liberdade, à igualdade, à autodeterminação e à não discriminação.

Ademais, deve-se compreender que o respeito a esses direitos humanos e valores da pessoa transexual projeta efeitos em outros direitos como o direito ao acesso à saúde, ao acesso a tratamentos médicos adequados e especializados para adequação de gênero, bem como a terapia hormonal. Destaca-se, ainda, o direito ao benefício de incapacidade laborativa temporária como forma de garantir às pessoas transexuais a possibilidade de tempo para recuperação do tratamento hormonal e cirúrgico, caso opte por eles.

Diante disso, destaca-se que a CID-11, ao colocar a pessoa transexual no rol de “incongruência de gênero”, deixando de patologizar, acaba por afirmar a necessidade que essas pessoas necessitam do acesso aos serviços de saúde adequados para os tratamentos médicos de redesignação sexual. Assim, a nova CID constitui – em verdade – uma grande conquista.

A condição de transexualidade não deve ser considerada patologia, distúrbio ou anormalidade, já que isso além de ser um tipo de transfobia, acarreta empecilhos para a promoção de cirurgia e tratamentos hormonais de redesignação sexual. Mas deve-se ressaltar que essa população necessita – caso queiram – de tratamentos para a redesignação sexual, com cobertura previdenciária no período de recuperação. Promover tais políticas é gerar a proteção da identidade de gênero. Conclui-se, então, que a CID-11 está em consonância com os princípios e valores da igualdade, da liberdade, da não-discriminação, da identidade, da autodeterminação dispostos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2017.

ALMEIDA, Guilherme Silva de. Reflexões iniciais sobre o processo transexualizador no SUS a partir de uma experiência de atendimento. In ARILHA, Margareth; LAPA, Thaís de Souza; PISANESCHI; Tatiane Crenn. *Transexualidade, travestilidade e direito à saúde*. São Paulo: Oficina Editorial, 2010. ISBN 978856343955. p. 117-147.

ALMEIDA, Miguel Vale de. Teoria Queer E A Contestação Da Categoria “Gênero”. in Cascais, António Fernando (org.), 2004, *Indisciplinar a Teoria. Estudos Gays, Lésbicos e Queer*. S.l.: Fenda, p. 91-98.

BENVUTO, Fernanda Moreira; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do reconhecimento dos Direitos Dos Transexuais como um dos direitos da Personalidade. *Revista Jurídica Cesumar* - Mestrado, v. 13, n. 1. p. 113-130, jan./jun. 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier Editora. 2004.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS. *Anais da Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – GLBT. Direitos Humanos e políticas públicas: o caminho para garantir a cidadania de GLBT*. Brasília: SEDH-Presidência da República. 2008.

BUENO, Célia M.L.B. O papel das representações sociais e da educação para o desenvolvimento da identidade de gênero. *Rev. Bras Crescimento Desenvolv Hum*. 2006;16(3). p. 92-103.

CELESTINO, Aline do Couto. *A alteração de registro civil de pessoas transexuais: fundamentos jurídicos e cenário na jurisprudência brasileira*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. 176 f. Dissertação. Mestrado em Direito.

COLEMAN, E.; Et. Al. Padrões de cuidado para a saúde de transexuais, transgêneros e pessoas com não-conformidades de gênero. *International Journal of Transgenderism*. [Em linha]. N.º 13 (2012), p. 165-232. [Consult. 18 Abr. 2018]. Disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/15532739.2011.700873>.

CONCEIÇÃO, Apelles. *Legislação da Segurança Nacional*. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6728-5. p. 01.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comunicado de Imprensa. CIDH apresenta caso sobre Honduras à Corte IDH. Disponível em: <http://oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/112.asp> Acesso em: 02 fev. 2020.

DIAS, Maria Berenice Dias. *Transsexualidade e o direito de casar*. p. 1-4. 2010.

Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php>

Acesso em: 18 jan. 2020.

DEODORO, Juliana. *O que é identidade de gênero?* 2016. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=_hoJg896LBw. Acesso em 11 jan. 2018.

DURAND, Paul. *La Política Contemporanea de Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991. ISBN 84-7434-676-2. p. 59

ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2018.

FACHIN, Regina. Entre compassos e descompassos: um olhar para o “campo” e para a “arena” do movimento LGBT brasileiro. *Revistas Bagoas*. 2009. p. 131-158.

JESÚS, Bento Manoel de. *Campanha pela Despatologização da Transsexualidade no Brasil: seus Discursos e suas Dinâmicas*. Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 2013. 102 f. Dissertação de Mestrado em Sociologia.

JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Brasília, 2012.

_____. *Transfobia e crimes de ódio: Assassinatos de pessoas transgênero como genocídio*. Periódicos UFRN: Revista Cronos. 2010. p. 101 – 123.

LANZ, Letícia. *O Corpo da Roupas: A pessoa transgênero entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero*. Curitiba: Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná. 2014.

MISKOLCI, Richard. A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. *Sociologias*. Porto Alegre. n. 21, p. 150-182, jun. 2009.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222009000100008&lng=pt&nrm=iso>.

Acesso em: 21 jan. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional eo Brasil. *Revista Fundação da Escola Superior do Ministério*. Brasília. ano 8. v. 15. 2000. p. 93-110.

_____. Direitos Humanos e diálogos entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*. n. 19. jan./jun. 2012

SAFFIOTI, Heleith. *Gênero, Patriarcado, Violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo. 2011.

SANTOS, Jorge Luiz Oliveira dos; SMITH, Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira. Corpos, identidades e violência: o gênero e os direitos humanos. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 2, 2017, p. 1083-1112.

SARLET, Wolfgang Ingo. Direitos Fundamentais em espécie. In *Curso de Direito Constitucional*. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Wolfgang Ingo. 8^a ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

SILVA JUNIOR, Assis Moreira - *Diversidade sexual e inclusão social: uma tarefa a ser completada*. Franca: Lemos e Cruz, 2014. ISBN 9788599895641.

STURZA, Janaína Machado; SCHORR, Janaína Soares. Transsexualidade e os Direitos humanos: tutela jurídica do direito à identidade. *Revista Jurídica Cesumar*. [Em linha]. N.º 1 (2015). p. 265-283. [Consult. 26 Maio 2018]. Disponível em <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2015v15n1>. p. 267.

A PERSECUÇÃO PENAL COMO RECURSO EFETIVO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS PREVISTOS NA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Andrea Vergara da Silva

Jaime de Carvalho Leite Filho

RESUMO: Este artigo objetiva evidenciar que o Estado brasileiro, quando demandado na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), enfrentou, com frequência, alegações de violações de direitos humanos decorrentes da ausência, demora ou falha na persecução penal. Assim, serão apresentados os casos brasileiros já sentenciados pela Corte IDH, os quais fornecem uma boa amostragem da relevância que esse tribunal internacional confere ao direito penal na proteção dos direitos humanos. O artigo segue, então, para a análise da alteração na interpretação e aplicação do artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), a partir do estudo das primeiras sentenças em que o dispositivo foi examinado pela Corte IDH. Por fim, busca-se trazer informações sobre a efetividade das disposições feitas pela Corte IDH a respeito da persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à proteção judicial. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Persecução penal. Recurso efetivo.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O surgimento das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos; 3. O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos; 4. A centralidade da justiça criminal na jurisprudência da Corte IDH; 5. A compreensão do artigo 25 da CADH; 6. A efetividade da Corte IDH como uma corte quase-criminal; 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

As normas internacionais de proteção de direitos humanos desenvolveram-se de forma mais intensa a partir da década de 1960. Justamente aí nasce a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Apesar de a Constituição brasileira contar com um rol bastante amplo de direitos fundamentais protegidos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos tem sido crescentemente invocada por cidadãos brasileiros – ou em nome deles – na proteção de seus direitos, seja no âmbito judicial interno, seja no acionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que é aquele, entre os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, em que o Estado brasileiro tem o maior número de casos.

De grande relevância, essas normas são o ponto de partida do Direito Internacional dos Direitos Humanos e são complementadas pela jurisprudência formada pelas cortes internacionais de direitos humanos no exercício da competência de interpretar e

aplicar os tratados pertinentes. No âmbito interamericano, a tarefa fica sob incumbência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), cujas sentenças têm consagrado o que a doutrina vem chamando de obrigações processuais penais positivas ou, de forma mais ampla, de direito penal dos direitos humanos.

Pretende-se, neste trabalho, após apresentar um breve histórico do desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, demonstrar que a matéria penal tem sido tema de presença frequente nos casos do Brasil julgados pela Corte IDH.

A partir dessa constatação em relação aos casos do Brasil, busca-se resgatar o caminho trilhado pela Corte IDH na adoção do direito penal como o escudo e a espada dos direitos humanos, na expressão mencionada na obra de Françoise Tulkens e adotada por Fischer e Valdez Pereira (2019, p. 18). Caminho esse que chega justamente na interpretação do artigo 25 da CADH, que dispõe sobre as garantias judiciais, como um dos fundamentos para reconhecer a perseguição penal como um direito humano que deve ser observado pelo Estado.

Por fim, busca-se realizar uma análise a respeito da efetividade dessas determinações.

2. O SURGIMENTO DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O pós-Segunda Guerra Mundial é um marco no desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos. Os acontecimentos testemunhados pela comunidade internacional tornaram inevitável o reconhecimento da insuficiência da proteção dos direitos humanos apenas no nível estatal. A esse respeito, André de Carvalho Ramos (2019, p. 54) afirma que as gigantescas violações de direitos humanos ocorridas à época desnudaram a fragilidade da proteção meramente local. No mesmo sentido, Piovesan (2010, p. 121) destaca que “a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial”. Segundo a autora, a negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito trouxe a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, “como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional” (PIOVESAN, 2010, p. 122).

Assim, ainda em 1945, é firmada a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), que estabelece como um de seus propósitos a promoção e o estímulo ao respeito aos direitos humanos. Para Ramos (2019, p. 102), “é a Carta de São Francisco, sem dúvida, o primeiro tratado de alcance universal que reconhece os direitos fundamentais de *todos* os seres humanos”, impondo aos Estados a obrigação de respeitar tais direitos. Poucos anos depois, em 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Ainda que de notória e inquestionável importância na proteção internacional dos direitos humanos, a DUDH não foi aprovada na forma de

um tratado, mas sim como uma Resolução da Assembleia-Geral da ONU, sem força vinculante, portanto¹⁴²⁴.

O continente americano contou também com sua declaração, aprovada igualmente no ano de 1948, poucos meses antes da DUDH. Trata-se da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, cuja ideia surgiu ainda em 1945, na Conferência Interamericana sobre Problemas de Guerra e Paz, realizada na Cidade do México e que é tida como complemento indispensável à Carta da OEA, na medida em que esta não especifica quais são os “direitos da pessoa humana” que os Estados devem respeitar, tarefa essa desenvolvida justamente pela Declaração Americana (LEDESMA, 2004, pp. 31/32). Apesar de sua importância, a Declaração Americana, tal como a DUDH, é desprovida de força vinculante, por não ter sido aprovada como um tratado. De qualquer forma, a Declaração é apontada como um antecedente (LEDESMA, 2004, p. 27) ou marco inicial do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (LIMA, 2018, p. 40).

Posteriormente, a partir da década de 1960, é que passam a ser aprovados diversos tratados de proteção dos direitos humanos, havendo, por consequência, um desenvolvimento legislativo intenso do Direito Internacional dos Direitos Humanos (RAMOS, 2019, p. 103). No âmbito das Nações Unidas, são aprovados, em 1966, os textos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. No âmbito regional, destaca-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, ocorrida em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

É bem verdade que, antes mesmo da assinatura da CADH, já havia sido criada, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Ocorre que, criada por meio da Resolução VIII da Quinta Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores, ocorrida de 12 a 18 de agosto de 1959, que restou aprovada apenas pela maioria dos membros, a Comissão possuía, em seus primeiros anos de vida, um *status* jurídico ambíguo, que não lhe conferia base sólida para agir contra a vontade dos Estados (LEDESMA, 2004, p. 35).

Nesse momento inicial, a CIDH existia como órgão autônomo da OEA, de natureza não convencional, com mandato para promover os direitos humanos previstos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, embora sem poderes explícitos para garantir essa proteção (LEDESMA, 2004, p. 35). Em 1965, na Conferência do Rio de Janeiro, com a Resolução XXII, a CIDH passou a ter poderes para

1424 A respeito da força vinculante da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), André de Carvalho Ramos explica que existem três vertentes: (i) que ela possuiria força vinculante por consistir em interpretação autêntica do termo “direitos humanos” contido na Carta da ONU, que é um tratado e, por isso, vinculante; (ii) que ela possuiria força vinculante pois nada mais é do que a representação do costume internacional já existente sobre a matéria; e (iii) que ela não possui força vinculante, sendo tão somente *soft law* (RAMOS, 2019, p. 58).

examinar as comunicações a ela apresentadas. Com isso, passou a ser “o primeiro organismo internacional autorizado a processar petições individuais, independentemente de um tratado que confira tal competência” (LEDESMA, 2004, p. 47). Somente em 1967, a CIDH passa a ser um órgão principal da OEA, após a assinatura do Protocolo de Reforma da Carta da OEA, conhecido como Protocolo de Buenos Aires, na Terceira Conferência Interamericana Extraordinária.

Constata-se que a CIDH passou por consideráveis transformações e expansão de atribuições ao longo do tempo. Com a assinatura da CADH, que “ampliou muito o escopo previsto na Declaração Americana e conjugou enunciação de direitos e mecanismos de proteção” (LIMA, 2018, p. 43), a CIDH passa a ter um sistema dual, de um lado adotando a Declaração Americana como parâmetro para os países que não são parte na CADH e, de outro, a Convenção para os países dela signatários.

Ao lado da CIDH, a CADH trouxe, em seu artigo 33, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) como órgão competente para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes na Convenção.

A atuação da Corte IDH tem relevância significativa na construção do arcabouço protetivo do direito internacional dos direitos humanos no continente americano, uma vez que “a proteção dos direitos humanos é antes um exercício de *prudência* judicial do que *labor* legislativo” (RAMOS, 2019, p. 29).

3. O BRASIL E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O Brasil formalizou sua adesão à CADH com a edição do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. A partir de então, o país está vinculado às disposições deste tratado.

No que se refere à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o artigo 62 da CADH dispõe que cada Estado parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação ou de adesão, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH. No caso do Brasil, o reconhecimento da competência da Corte IDH foi feito em momento posterior à adesão à Convenção Americana, nos termos do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002.

Dessa forma, o Brasil está, atualmente, sujeito ao sistema de petições individuais perante a Comissão Interamericana e pode, também, ter casos submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Até o final do ano de 2019, foram nove as sentenças proferidas pela Corte IDH em casos brasileiros, havendo outros casos em curso, ainda sem sentença. Em todos os nove casos já sentenciados até o ano de 2019 constavam alegações de violações aos artigos 8 e/ou 25, que dizem respeito a garantias judiciais e proteção judicial, respectivamente.

Antes que se conclua, precipitadamente, a partir dessa informação, que o Estado brasileiro é um contumaz violador dos direitos relacionados às garantias judiciais e à proteção judicial, é necessário, primeiro, observar que a alta frequência desses artigos não é espantosa, mas sim esperada, em razão do princípio da subsidiariedade inerente aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos.

Para que um caso seja admitido e processado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos é necessário o prévio esgotamento dos recursos internos ou a ocorrência de uma das hipóteses que fazem com que esse requisito seja dispensável: (a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; (b) não tiver sido permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou se ele tiver sido impedido de esgotá-los; e (c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos, nos termos do artigo 46.2 da CADH.

Logo, como regra geral, se os recursos internos funcionaram adequadamente - do ponto de vista dos peticionários -, não há necessidade de submissão do caso ao Sistema Interamericano. Dessa forma, o fato dos artigos 8 e 25 serem os campeões em termos de frequência nos casos submetidos à Corte Interamericana não permite concluir que o sistema de justiça seja a maior fonte de violações de direitos humanos em nosso país, mas sim que isso é quase uma consequência natural do procedimento interamericano e, em especial, do seu caráter subsidiário.

Ainda que não seja o caso de dizer que o sistema de justiça seja o maior problema que o Brasil possui em termos de violações de direitos humanos, vale a pena olhar para esses casos e buscar identificar informações sobre as violações reconhecidas pela Corte IDH em relação ao sistema de justiça.

Dos nove casos brasileiros sentenciados até o final de 2019, oito diziam respeito precipuamente a processos no âmbito criminal. O caso *Povo Indígena Xucuru c. Brasil* é a única exceção. O objeto central, nesse caso, é o processo administrativo demarcatório de terras indígenas e ações civis ajuizadas por particulares relacionadas a essa demarcação.

Então, uma conclusão possível é a de que a grande maioria das alegações de violações de direitos humanos relacionadas ao sistema de justiça que chegam à Corte IDH, em relação ao Brasil, diz respeito ao processo penal.

Considerando o teor do artigo 8, isso poderia ser esperado, pois a CADH elenca nos parágrafos 2 a 5 desse dispositivo um extenso rol de garantias judiciais que devem

ser respeitadas pelos Estados, as quais são especialmente aplicáveis e importantes no processo penal, como, por exemplo, a presunção de inocência enquanto não se comprove legalmente a culpa, comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado; o direito de o acusado absolvido por sentença passada em julgado não ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos; e a publicidade do processo penal, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. Entretanto, a análise do conjunto de casos já sentenciados revela outra realidade, uma vez que a violação aos artigos 8 e 25 decorre, em verdade, da falha na persecução penal.

No caso *Ximenes Lopes c. Brasil*, primeiro caso brasileiro sentenciado pela Corte IDH, foi reconhecida a violação aos artigos 8.1 e 25 em detrimento de familiares do senhor Damião Ximenes Lopes. A Corte entendeu que o Estado não havia proporcionado recurso efetivo para garantir a investigação, identificação, processo e, sendo o caso, punição dos responsáveis:

A Corte conclui que o Estado não proporcionou às familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, identificação, o processo e, se for o caso, a punição dos responsáveis e a reparação das conseqüências das violações. O Estado tem, por conseguinte, responsabilidade pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo tratado, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda¹⁴²⁵.

Na parte dispositiva da sentença, a Corte IDH determinou que o Estado garantisse, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surtisse seus devidos efeitos¹⁴²⁶. Essa foi a primeira determinação para o Estado brasileiro nesse sentido.

No caso *Nogueira de Carvalho c. Brasil*, julgado em 2006 tal como o caso *Ximenes Lopes*, a CIDH levou à Corte IDH a alegação de que “a falta de devida diligência no processo de investigação e coleta de provas essenciais, sem o que os processos judiciais não poderiam ser levados adiante, caracterizou uma violação aos artigos 8 e 25 da Convenção”¹⁴²⁷. Todavia, após analisar as informações disponíveis, a Corte IDH concluiu que não havia restado demonstrado que o Estado houvesse violado tais direitos. Assim, nesse caso, embora estivesse presente a alegação de violação dos artigos 8 e 25 em decorrência de falha na persecução penal, o Estado brasileiro não foi, ao final, responsabilizado pela Corte IDH pela violação desses ou de qualquer outro dispositivo da CADH.

1425 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ximenes Lopes c. Brasil*, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, § 206.

1426 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ximenes Lopes c. Brasil*, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, § 262 (6).

1427 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Nogueira de Carvalho e Outro c. Brasil*, Excepciones Preliminares e Mérito, Sentencia de 28 de noviembre de 2006, Serie C No. 161, § 68 (b) (iv).

No caso *Escher e outros c. Brasil*, sentenciado em 2009, a Corte IDH afirmou ter havido violação ao direito à vida privada e ao direito à honra e à reputação reconhecidos no artigo 11 da CADH, em relação com o artigo 1.1 da mesma Convenção por concluir que as interceptações e gravações das conversas telefônicas objeto do caso não observaram os artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 8º da Lei n. 9.296/96 e, por isso, não estavam fundadas em lei. Além disso, a Corte IDH voltou a reconhecer ter havido violação aos artigos 8.1 e 25 e fez constar um ponto dispositivo determinando que o Estado investigasse os fatos que geraram as violações da CADH identificadas no caso – a segunda determinação para o Estado brasileiro nesse sentido:

4. [...] o Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial reconhecidos nos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo dos senhores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, a respeito da ação penal seguida contra o ex-secretário de segurança, nos termos dos parágrafos 200 a 204 da presente Sentença; da falta de investigação dos responsáveis pela primeira divulgação das conversas telefônicas, nos termos do parágrafo 205 da presente Sentença; e da falta de motivação da decisão em sede administrativa relativa à conduta funcional da juíza que autorizou a interceptação telefônica, nos termos dos parágrafos 207 a 209 da presente Sentença.

[...]

9. O Estado deve investigar os fatos que geraram as violações do presente caso, nos termos do parágrafo 247 da presente Sentença¹⁴²⁸.

No caso *Garibaldi c. Brasil*, sentenciado pela Corte IDH também no ano de 2009, houve igualmente o reconhecimento de violação dos artigos 8.1 e 25 da CADH e a terceira determinação para o Estado brasileiro de realização da persecução penal:

3. O Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial reconhecidos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo de Iracema Garibaldi, Darsônia Garibaldi, Vanderlei Garibaldi, Fernando Garibaldi, Itamar Garibaldi, Itacir Garibaldi e Alexandre Garibaldi, nos termos dos parágrafos 111 a 141 da presente Sentença.

[...]

7. O Estado deve conduzir eficazmente e dentro de um prazo razoável o Inquérito e qualquer processo que chegar a abrir, como consequência deste, para identificar, julgar e, eventualmente, sancionar os autores da morte do senhor Garibaldi. Da mesma maneira, o Estado deve investigar e, se for o caso, sancionar as eventuais faltas funcionais nas quais poderiam ter incorrido os funcionários públicos a cargo do Inquérito, nos termos dos parágrafos 165 a 169 da presente Sentença¹⁴²⁹.

1428 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Escher e outros c. Brasil*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentencia de 6 de julio de 2009, Serie C No. 200, §§ 4 e 9 dos puntos resolutive.

1429 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Garibaldi c. Brasil*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Serie C No. 203, § 204 (3) e (7).

Em 2010, a Corte IDH proferiu sentença no *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) c. Brasil* na qual reconheceu, mais uma vez, ter havido violação dos artigos 8 e 25 da CADH, pelo Estado brasileiro, em razão da falta de investigação dos fatos do caso e pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis¹⁴³⁰ e fez constar ponto dispositivo determinando que o Estado conduzisse, de forma eficaz e perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos objeto do caso, com o objetivo de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências previstas em lei¹⁴³¹ - a quarta determinação para o Estado brasileiro nesse sentido.

Após alguns anos sem casos brasileiros submetidos a seu exame, a Corte IDH volta a sentenciar um caso do Brasil em 2016. Trata-se do caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, relativo à ocorrência de trabalho escravo. Nessa sentença, a Corte IDH afirmou que analisaria “duas ações penais, uma ação civil e um procedimento trabalhista a respeito da situação dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde [...] para determinar se o Estado garantiu às vítimas a proteção judicial estabelecida no artigo 25.1 da Convenção”¹⁴³². A Corte IDH reafirmou, portanto, sua interpretação no sentido de que a ação penal está inserida no conceito de recurso simples e rápido que proteja a pessoa contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela Convenção, a que alude o artigo 25 da CADH. Como resultado, entre os pontos dispositivos da sentença, constou a quinta determinação para o Estado brasileiro no sentido de realizar investigações e/ou processos penais.

No ano seguinte, a Corte IDH sentenciou o caso *Favela Nova Brasília c. Brasil*, em que também estava presente a alegação de violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial. A Comissão Interamericana havia afirmado que os artigos 8.1 e 25.1 da CADH haviam sido violados em razão do “tempo transcorrido sem nenhuma determinação preliminar sobre a legalidade do uso da força letal por parte da polícia, que resultou na morte de 26 vítimas” e da “falta de independência das autoridades encarregadas das investigações”¹⁴³³. Nesse caso, a Corte IDH determinou que o Estado, com a devida diligência e em prazo razoável, conduzisse eficazmente a investigação em curso, iniciasse ou reativasse a investigação sobre os fatos objeto do caso, para identificar, processar e, sendo o caso, punir os responsáveis. Essa foi a sexta determinação para o Estado brasileiro nesse sentido.

O caso *Herzog e outros c. Brasil*, com sentença proferida pela Corte IDH em 15 de março de 2018, não fugiu ao padrão de alegações de violação às garantias judiciais e à

1430 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2010, Série C No. 219, § 325.5.

1431 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2010, Série C No. 219, § 325.9.

1432 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de outubro de 2016, Série C No. 318, § 384.

1433 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Favela Nova Brasília c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 de fevereiro de 2017, Série C No. 333, §§ 162/163.

proteção judicial relacionada à perseguição penal, ou seja, decorrente da ausência ou falha na investigação, julgamento e punição. Nesse, que é o último caso do Brasil sentenciado até o final do ano de 2019, a Corte voltou a acolher a alegação e, ao final, declarou a responsabilidade do Estado brasileiro e determinou que a investigação e o processo penal para apuração dos fatos objeto do caso fosse reiniciado com a devida diligência. Além disso, determinou que esse processo observasse as normas e requisitos por ela estabelecidos na sentença. Essa foi a sétima determinação para o Estado brasileiro nesse sentido, num universo de nove casos brasileiros julgados pela Corte IDH até o final do ano de 2019.

A breve exposição a respeito dessas sentenças relativas a casos do Brasil demonstra que a Corte reconheceu haver violação da CADH em sete de oito casos brasileiros com alegações de violação aos artigos 8 e 25 relacionadas à demora, falha ou ausência da perseguição penal. Nas sentenças desses sete casos constaram pontos dispositivos determinando a realização da apuração das responsabilidades e, sendo o caso, a sanção pelas violações de direitos humanos.

Vale registrar que, além da determinação de realização de perseguição penal, a Corte IDH determinou, em alguns desses casos, a adoção de alterações legislativas relacionadas a disposições de caráter penal. É o que se verifica, por exemplo, na sentença do Caso Gomes Lund, quinta relativa ao Brasil, no qual a Corte determinou ao país que tipificasse o crime de desaparecimento forçado:

O Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no parágrafo 287 da presente Sentença. [...] ¹⁴³⁴.

Já no sexto caso brasileiro sentenciado, caso *Fazenda Brasil Verde*, a Corte IDH determinou que o Brasil adotasse as medidas necessárias para garantir a imprescritibilidade do delito de submissão à condição análoga à de escravo, nos termos em que previsto no Direito Internacional. Embora não tenha se referido expressamente à alteração legislativa, é certo que a previsão de imprescritibilidade, no ordenamento jurídico pátrio, deve ser feita por meio do processo legislativo.

No sétimo caso, *Favela Nova Brasília c. Brasil*, a Corte IDH determinou que o Estado adotasse “as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para permitir às vítimas de delitos ou a seus familiares participar de maneira formal e efetiva da investigação de delitos conduzida pela polícia ou pelo Ministério Público” ¹⁴³⁵.

No nono e último caso brasileiro sentenciado pela Corte IDH até o presente momento, o caso *Herzog e outros*, ela determinou que:

1434 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2010, Série C No. 219, § 325.15.

1435 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Favela Nova Brasília c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 de fevereiro de 2017, Série C No. 333, § 369.19.

O Estado deve adotar as medidas mais idôneas, conforme suas instituições, para que se reconheça, sem exceção, a imprescritibilidade das ações emergentes de crimes contra a humanidade e internacionais, em atenção à presente Sentença e às normas internacionais na matéria, em conformidade com o disposto na presente Sentença, nos termos do parágrafo 376¹⁴³⁶.

Novamente, embora não tenha feito menção a medidas legislativas, verifica-se a necessidade de alteração legislativa para atender à determinação de reconhecer a “imprescritibilidade das ações emergentes de crimes contra a humanidade e internacionais” no caso de processos criminais internos.

A análise de sentenças feita acima indica que questões penais têm sido tema frequentemente presente nos casos do Brasil submetidos à Corte IDH pela CIDH e que isso tem resultado em pontos dispositivos relacionados ao sistema de justiça criminal, seja determinando a adoção de alterações legislativas, como a tipificação do crime de desaparecimento forçado, por exemplo, seja determinando a realização de perseguições penais. Mais que isso, esse conjunto de sentenças reforça que a Corte IDH confere destacada proeminência ao sistema de justiça criminal, cancelando a sua “dupla função de servir como escudo e como espada dos direitos humanos” (FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 18).

4. A CENTRALIDADE DA JUSTIÇA CRIMINAL NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

A partir do exposto acima, verifica-se que a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos conferem especial relevo a medidas punitivas, da mesma forma como ocorre com outros organismos internacionais:

Chamo atenção ao relevo que o BM [Banco Mundial], assim como outros organismos internacionais, têm dado às áreas da segurança repressivo-punitiva (mobilizada no âmbito interno dos estados-nacionais, com foco nas relações do Estado-punitivo com os cidadãos) e da segurança preventivo-punitiva (mobilizada em relação ao âmbito internacional, com foco nas relações dos Estados-nacionais com seus “inimigos”). Isso pode ser notado pelo incremento de projetos relacionados ao sistema penal (persecução penal, criminalidade, punição, combate à corrupção) e à segurança preventiva nacional (combate ao narcotráfico como política de Estado, proteção de áreas fronteiriças, tratamento dispensado aos imigrantes, enfrentamento do terrorismo), fomentados por diferentes organismos e instituições (p.ex. USAID, BID). (RAMPIN, 2018, P. 233)

O incremento de projetos relacionados ao sistema penal referido no trecho acima, pode ser comparado à contínua determinação da Corte IDH para que os Estados adotem medidas legislativas de caráter punitivista.

1436 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Herzog e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 de março de 2018, Série C No. 353, § 416 (8).

As determinações de cunho punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos – com imposições de tipificação de crime e de previsão de imprescritibilidades, por exemplo – despertam, no mínimo, curiosidade, uma vez que os direitos humanos surgem como forma de proteção do indivíduo contra o Estado. Conforme recordam Douglas Fischer e Frederico Valdez Pereira (2019, p. 17), na concepção original, as regras convencionais de proteção dos direitos humanos “funcionavam primordialmente como obrigações em sentido negativo, impondo limites e restrições nas interferências das autoridades públicas sobre os direitos dos cidadãos”.

Importante reconhecer que a tendência de conferir especial destaque à justiça criminal na proteção de direitos humanos não surgiu recentemente e tampouco nos casos relativos ao Brasil. A Corte IDH, desde o julgamento de seus primeiros casos, tem afirmado o papel da justiça criminal na proteção dos direitos humanos.

Raquel da Cruz Lima (2018, p. 69) alerta que, originalmente, “o dever de investigar e punir as violações de direitos humanos apareceu como resultado da interpretação do artigo 1.1 da Convenção Americana”. De fato, já no Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, cuja sentença de mérito foi a primeira proferida pela Corte IDH, em 29 de julho de 1988, consta que o Estado está “obrigado a investigar toda situação na qual tenham sido violados os direitos humanos protegidos pela Convenção” e que “[s]e o aparato do Estado atua de modo que tal violação fique impune e não se restabeleça, enquanto seja possível, à vítima a plenitude de seus direitos, pode afirmar-se que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição”¹⁴³⁷, que é justamente o dever estatal previsto no artigo 1.1 da CADH.

Nessa primeira sentença de mérito, contudo, a Corte IDH, mesmo reconhecendo o dever de investigar situações de violações de direitos humanos, não determinou que o Estado de Honduras realizasse uma investigação ou mesmo apurasse eventual responsabilidade por falha na investigação. Determinações desse tipo passaram a ser feitas apenas em momento posterior, pois, embora desde o início de sua atuação a Corte IDH conferisse destaque ao papel do direito penal na proteção e garantia dos direitos humanos, o tribunal foi construindo seu entendimento ao longo do tempo.

Ainda que se fale, aqui, da interpretação e aplicação da CADH pela Corte IDH, é relevante saber também que esse caminho não foi trilhado somente no continente americano. A Corte Europeia de Direitos Humanos tem a mesma trajetória:

Se os impulsos mais significativos na gênese da elaboração internacional das obrigações processuais penais positivas foram dados no âmbito do sistema Interamericano, foi na jurisprudência europeia que houve o incremento mais sensível na definição do conteúdo e da amplificação dessas obrigações, com a identificação de diretrizes mais

1437 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Mérito, Sentença de 29 de julho de 1988, Série C No. 4, § 176.

explícitas” (FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 21).

A compreensão que impulsiona o uso do direito penal pelos direitos humanos, para Fischer e Pereira, está relacionada à “eficácia preventiva ínsita ao acerto dos fatos e à punição dos autores, que se constitui em medida dissuasória não apenas para os sujeitos diretamente envolvidos, mas para todo o conjunto dos organismos de segurança pública” (pp. 22-23). Os autores falam, dessa forma, na “noção de incremento do nível geral de proteção dos direitos humanos pelo conjunto do sistema penal” e, em seguida, afirmam que é “importante dedicar atenção ao conjunto do mecanismo judicial e à dinâmica concreta de sua realização porque o procedimento penal representa o único modo de conferir eficácia à tutela penal dos direitos que o sistema convencional busca proteger” (FISCHER; PEREIRA, 2019, pp. 107/108).

5. A COMPREENSÃO DO ARTIGO 25 DA CADH

Embora o artigo 25 seja, hoje, frequentemente apontado como violado, em conjunto com os artigos 8.1 e 1.1 da CADH, em casos de falha na persecução penal, a interpretação conferida pela Corte IDH ao dispositivo nem sempre foi a mesma.

Conforme exposto acima, o dispositivo não foi indicado como suporte para a obrigação de investigar e punir as violações de direitos humanos reconhecida na sentença do caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, no ano de 1988. Todavia, o dispositivo já aparece no ponto relativo ao processo penal do primeiro caso do Brasil julgado pela Corte IDH:

B) Processo penal

192. O artigo 25.1 da Convenção dispõe a obrigação dos Estados de garantir a todas as pessoas sob sua jurisdição um recurso judicial efetivo contra atos que violem seus direitos fundamentais. Não basta a existência formal dos recursos, mas é necessário que eles sejam efetivos, ou seja, devem ser capazes de produzir resultados ou respostas às violações de direitos contemplados na Convenção. A existência desta garantia constitui um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, mas do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática, no sentido da Convenção.

193. O recurso efetivo do artigo 25 da Convenção deve tramitar-se conforme as normas do devido processo estabelecidas no artigo 8 desse tratado, do qual se depreende que as vítimas das violações dos direitos humanos, ou seus familiares, devem dispor de amplas possibilidades de ser ouvidos e de atuar nos respectivos processos, tanto na tentativa de esclarecer os fatos e punir os responsáveis, quanto na busca de uma devida reparação¹⁴³⁸.

O entendimento de que o recurso efetivo previsto no artigo 25 da CADH abranja um “recurso efetivo para garantir o acesso à justiça, a determinação da verdade dos

¹⁴³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ximenes Lopes c. Brasil*, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, §§ 192 e 193.

atos, a investigação, identificação, o processo e, se for o caso, a punição dos responsáveis e a reparação das consequências das violações”¹⁴³⁹ se repetiu na sentença mais recente relativa ao Brasil, em que a Corte IDH concluiu que:

[...] em razão da falta de investigação, bem como de julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog, cometidos num contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil, o Brasil violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e em relação aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em detrimento de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog [...] ¹⁴⁴⁰.

Embora essa seja a interpretação que a Corte IDH vem adotando atualmente, a análise das primeiras sentenças proferidas por esse tribunal demonstra que nem sempre foi assim e que a ausência de menção ao artigo 25 na parte relativa à persecução penal na sentença do Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras não destoou da interpretação que o tribunal conferiu ao dispositivo em outros casos.

Na sentença de mérito do Caso Caballero Delgado y Santana c. Colômbia, proferida no ano de 1995, a Corte IDH afirmou não ter havido violação ao artigo 25 da CADH uma vez que, no caso concreto, a vítima fez uso de um *habeas corpus*, ainda que ele não tivesse gerado os efeitos desejados:

En cuanto al artículo 25 de la Convención relativo a la protección judicial, estima la Corte que no ha sido violado ya que el recurso de hábeas corpus interpuesto en favor de Isidro Caballero Delgado por María Nodelia Parra Rodríguez fue tramitado por el Juez Primero Superior de Bucaramanga. El hecho de que ese recurso no haya dado resultado porque el Comandante de la Quinta Brigada de Bucaramanga, el Director de la Cárcel Modelo de Bucaramanga, el DAS y la Policía Judicial hayan contestado que Isidro Caballero Delgado no se encontraba en esas dependencias, ni tenía orden de detención o sentencia condenatoria, no constituye una violación de la garantía de protección judicial ¹⁴⁴¹.

Nesse caso, a Corte IDH afirmou haver violação dos direitos à liberdade pessoal e à vida, previstos nos artigos 7 e 4 da CADH, em prejuízo de Isidro Caballero Delgado e de María del Carmen Santana, mas entendeu não haver violação ao artigo 25 porque um *habeas corpus* havia sido impetrado pela Sra. María Nodelia em favor de Isidro Caballero Delgado. Ou seja, o conteúdo do artigo 25 da CADH relacionava-se à possibilidade de acionar um recurso judicial capaz de resguardar a situação da vítima - não estava relacionado, portanto, à apuração penal das violações de direitos humanos reconhecidas.

1439 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ximenes Lopes c. Brasil*, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, § 206.

1440 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Herzog e outros c. Brasil*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentencia de 15 de marzo de 2018, Serie C No. 353, § 416 (3).

1441 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caballero Delgado y Santana c. Colombia*, Mérito, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22, § 66.

Em 1995, portanto, a análise feita pela Corte IDH quanto à eventual violação do artigo 25 da CADH não levou em conta se havia ou não um processo penal instaurado no âmbito interno para apurar responsabilidade e sancionar os culpados pela violação dos direitos à liberdade pessoal e à vida das vítimas do caso, ou mesmo a existência de falhas ou demora nesse processo. A existência e impetração de um *habeas corpus* em favor da vítima das violações foi tida como suficiente para atender o disposto no artigo 25 da CADH.

Outro caso em que o artigo 25 foi apontado pela CIDH como violado, mas que a Corte IDH rejeitou a alegação, foi o caso *Genie Lacayo c. Nicaragua*, com sentença de mérito proferida em 1997. Nesse caso, a CIDH alegava violação dos artigos 8, 24 e 25 “como resultado da relutância do Poder Judiciário da Nicarágua para processar e sancionar os responsáveis pela morte do jovem Genie Lacayo e ordenar a reparação dos danos causados”¹⁴⁴². Ao sentenciar o caso, a Corte afirmou que o artigo 25 da CADH regulava o recurso simples e rápido que ampara as pessoas lesadas por violações dos direitos consagrados na Convenção, mas rechaçou a alegação de violação afirmando que a CIDH não havia alegado a inexistência ou ineficácia desse recurso:

En el presente caso la Comisión ha señalado la posible violación de los derechos procesales del señor Raymond Genie Peñalba protegidos por el artículo 8.1 de la Convención en el curso de un proceso penal, pero no la inexistencia o ineficacia de este recurso, ni siquiera su interposición, y por consiguiente, la Corte considera que el artículo 25 de la Convención no ha sido violado (supra 73).

Já no caso *Loayza Tamayo c. Peru*, julgado em também 1997, a Corte IDH reconheceu haver violação ao artigo 25 da CADH, mas esse reconhecimento decorreu do fato de a vítima Loayza ter sido mantida presa mesmo após a sentença absolutória proferida pela Justiça Militar e ter sido “impedida de utilizar qualquer ação de garantia (*habeas corpus*, por exemplo)” (PAIVA, HEEMANN, 2020, p. 62). Verifica-se que, mesmo nesse caso em que a violação ao artigo 25 foi reconhecida, ela não estava relacionada à falha na persecução penal, mas sim à ausência de um recurso judicial que pudesse resguardar a situação da vítima, ou seja, uma ação de garantia.

Em 1999, pouco mais de uma década depois da sentença de mérito proferida no caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, a Corte adotou a interpretação de que a obrigação estatal de investigar as situações de violação de direitos humanos protegidos pela Convenção, decorrente do artigo 1.1 da CADH, estava relacionada aos artigos 8.1 e 25 da Convenção, conforme se depreende do estudo feito por Lima (2018, p. 72):

Casos seguintes, como “Niños de la Calle” (CIDH, 1999b), voltaram a insistir na importância da obrigação de investigar e punir como medida de efetivação dos direitos previstos na CADH, passando a destacar a relação entre a obrigação de punir e o direito a

1442 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Genie Lacayo c. Nicaragua*, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentencia de 29 de janeiro de 1997, Série C No. 30, § 50.

um recurso efetivo e à proteção judicial, Segundo a Corte, a Guatemala violara os artigos 8.1 e 25 da CADH na medida em que as autoridades competentes deixaram de realizar atividades investigativas fundamentais para identificar os responsáveis pelos assassinatos dos meninos [...]

A leitura desta sentença indica que o dever de investigar e sancionar as violações de direitos humanos decorria, no entendimento da Corte IDH, primordialmente do artigo 1.1, mas que, nas circunstâncias daquele caso, também estaria relacionado aos artigos 8 e 25, pertinentes ao direito de ser ouvido e a um recurso efetivo:

Precisado, así, el alcance de su competencia, debe la Corte señalar que, del artículo 1.1, se desprende claramente la obligación estatal de investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención como medio para garantizar tales derechos, obligación que, en las circunstancias del presente caso, se encuentra relacionada con los derechos a ser oído por los tribunales y a un recurso rápido y efectivo, que consagran los artículos 8 y 25 de la Convención¹⁴⁴³.

No que se refere ao artigo 8, a Corte IDH traz, nessa sentença, a interpretação de que ele abrange o direito da vítima e de seus familiares de contar com “amplas possibilidades de serem ouvidos e de atuarem nos respectivos processos, tanto à procura de esclarecimento dos fatos e do castigo dos responsáveis, como em busca de uma reparação devida”¹⁴⁴⁴.

Especificamente em relação ao artigo 25 da CADH, a Corte assevera que as vítimas do caso foram impedidas de exercer o direito a um recurso efetivo perante a instância nacional competente por terem sido detidas em circunstâncias de clandestinidade e ilegalidade:

Ellos permanecieron detenidos clandestinamente por varias horas, hasta que fueron muertos, en el transcurso del día siguiente. Con base en lo anterior, la Corte concluye que a estas víctimas se les impidió ejercer, por sí mismas o a través de sus representantes, su derecho a un recurso efectivo ante la instancia nacional competente, consagrado en el artículo 25 de la Convención, debido a que estuvieron detenidos bajo circunstancias de ilegalidad y clandestinidad¹⁴⁴⁵.

Embora tenha sido relacionada pela Corte IDH à violação do artigo 1.1 e à falha na persecução penal, a violação do artigo 25 foi, portanto, apontada como decorrente da ausência de possibilidade de acionar um recurso judicial simples e rápido capaz de resguardar a situação da vítima da violação de direitos humanos, reafirmando o que a própria sentença diz já ter sido assinalado em diversas ocasiões por aquele tribunal¹⁴⁴⁶. Dessa forma, a violação não dizia respeito diretamente à apuração penal pelos fatos ocorridos.

1443 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Meninos de Rua*” (Villagrán Morales e outros) c. Guatemala, Mérito, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C No. 63, § 225.

1444 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Meninos de Rua*” (Villagrán Morales e outros) c. Guatemala, Mérito, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C No. 63, § 227.

1445 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Meninos de Rua*” (Villagrán Morales e outros) c. Guatemala, Mérito, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C No. 63, § 236.

1446 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Meninos de Rua*” (Villagrán Morales e outros) c. Guatemala, Mérito, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C No. 63, § 234.

Já na sentença do caso *Durand e Ugarte c. Peru*, proferida em 16 de agosto de 2000, a Corte realizou duas análises em separado do artigo 25 da CADH. Na primeira delas, o dispositivo foi analisado em conjunto com o artigo 7.2 da mesma Convenção, que dispõe que “toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais”.

Nesse primeiro momento, a Corte IDH considerou que os decretos que estavam em análise não tinham suspenso de forma expressa o *habeas corpus*, mas concluiu que a forma como o Estado vinha dando cumprimento a esses decretos produziu, de fato, a ineficácia desse recurso judicial¹⁴⁴⁷. Ela afirma, assim, que o *habeas corpus* impetrado em razão do desaparecimento dos senhores Durand Ugarte e Ugarte Rivera não foi efetivo e que as disposições dos artigos 7.6 e 25.1 haviam sido violadas.

Portanto, o artigo 25 da CADH foi analisado, nesse ponto, de forma consistente com a interpretação que a Corte IDH vinha conferindo até então ao dispositivo, relacionada às garantias capazes de resguardar a situação da vítima de violação de direitos humanos – no caso, o *habeas corpus*. Não se refere, dessa forma, à apuração penal das responsabilidades pela violação de direitos humanos ocorrida.

Em um segundo momento, a Corte IDH fez a análise quanto à alegação de violação dos artigos 25.1 e 8.1 da CADH, relacionados ao direito de ser ouvido com as devidas garantias por um juiz independente e imparcial e ao direito a um recurso efetivo. Nesse ponto, o tribunal concluiu que ambos os artigos, em conexão, garantem aos familiares o direito de que o desaparecimento e a morte das vítimas sejam efetivamente investigados pelo Estado:

130. En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la desaparición y muerte de estas últimas sean efectivamente investigadas por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido. Ninguno de estos derechos fue garantizado en el presente caso a los familiares de los señores Durand Ugarte y Ugarte Rivera.

É nesse momento, portanto, que surge a interpretação de que o artigo 25.1, em conjunto com o artigo 8.1 da CADH, garante aos familiares das vítimas de violações de direitos humanos o direito à realização da persecução penal efetiva – interpretação que foi aplicada nos casos brasileiros, conforme demonstrado acima.

1447 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Durand e Ugarte c. Peru*, Mérito, Sentença de 16 de agosto de 2000, Série C No. 68, § 100.

A sequência de sentenças proferidas pela Corte IDH demonstra uma mudança interpretativa, em especial quanto ao escopo do artigo 25 da CADH, sempre evoluindo na linha de prestigiar o sistema de justiça criminal como elemento essencial na proteção dos direitos humanos.

6. A EFETIVIDADE DA CORTE IDH COMO UMA CORTE QUASE-CRIMINAL

Como consequência da relevância conferida à justiça criminal, é possível encontrar entre os pontos dispositivos das sentenças proferidas pela Corte IDH determinações que vão desde a realização de alterações legislativas voltadas à matéria criminal, como a tipificação de crimes e a previsão de novas hipóteses de imprescritibilidade penal, até a realização da persecução penal no caso concreto em análise.

Em relação à persecução penal, Alexandra Huneeus (2013, pp. 11/12), em estudo publicado no *American Journal of International Law*, aduz que tais determinações, somadas à fase de supervisão de cumprimento de sentença, geram uma jurisdição quase-criminal da Corte IDH. De fato, segundo esclarece a autora, embora a Corte IDH não julgue criminalmente indivíduos, ela faz essa determinação aos Estados em um número considerável de casos. Além disso, a Corte faz imposições específicas em relação à forma com que a persecução penal deve ocorrer no âmbito interno, como, por exemplo, não ser possível aplicar a prescrição ou reconhecer a coisa julgada. Depois de fazer essas imposições, a Corte, durante a supervisão do cumprimento das sentenças, acompanha e avalia a persecução penal enquanto ela se desenvolve internamente.

Apesar desse acompanhamento próximo realizado pela Corte IDH, não se pode esquecer que, conforme sustentam Kai Ambos e Leandro Dias (2016, p. 51), “a prática atual em matéria de direitos humanos não reconhece um direito a obter uma condenação penal contra o agressor, muito menos a uma pena mínima específica, e existem boas razões para não dar esse alcance aos direitos das vítimas”.

Outro ponto a ser considerado é a efetividade de tais disposições. A esse respeito, González-Salzberg (2011, p. 118) afirma que o descumprimento da obrigação de investigação judicial se “apresenta como denominador comum do déficit de cumprimento das sentenças da Corte IDH por parte de todos os Estados-membros do SIDH”. Depois, são apresentados dados de um estudo realizado no ano 2010 que apontam para um percentual de 73,8% de determinações dessa modalidade totalmente descumpridas pelos Estados:

[...] a obrigação de julgar os responsáveis foi imposta em 42 oportunidades - dentre 70 sentenças condenatórias analisadas -, e até o final de 2008, em nenhum caso isto tinha sido cumprido satisfatoriamente. Representa, sem dúvida, a medida ordenada com maior percentual de descumprimento, ao ser totalmente descumprida em 73,8% dos casos. Além disso, recentemente em 2009, constatou-se o primeiro cumprimento dessa

obrigação por parte de um Estado (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Castillo Páez v. Perú, 2009) e esta continua sendo, em meados do ano 2011, a única exceção à generalizada regra de descumprimento. (GONZÁLEZ-SALZBERG. 2011, p. 118)

No caso do Brasil, das sete sentenças antes mencionadas, nas quais constou de terminação de persecução penal, seis seguem em fase de supervisão de cumprimento pela Corte IDH, de acordo com as informações divulgadas pelo próprio tribunal¹⁴⁴⁸. O único caso que não segue em supervisão de cumprimento de sentença é o Caso Escher. Isso não significa, todavia, que a ação penal, nesse caso, teve seu curso e culminou com a sanção dos responsáveis. O que ocorreu foi a declaração da prescrição, que impossibilitou o seguimento da ação penal. Nesse caso, a Corte IDH reconheceu que sua sentença não havia determinado o afastamento da prescrição e deu por concluída a supervisão de cumprimento:

Este Tribunal recuerda que en la Sentencia del presente caso no se declaró la improcedencia de la prescripción, sino que se estableció que se investigara penalmente determinadas conductas y se establecieran las consecuencias que la ley previera, lo cual no descartaba la posibilidad de que la acción penal, respecto de los hechos a ser investigados, se encontrara prescripta. En vista de lo anterior, teniendo en cuenta su jurisprudencia constante, en el presente caso la Corte considera que es pertinente dar por concluida la supervisión de cumplimiento de la Sentencia respecto de la obligación de investigar los hechos, establecida en el punto resolutivo noveno de la Sentencia.

A situação do Brasil, portanto, coincide com aquela identificada por González-Salzberg (2011) quanto ao cumprimento do conjunto de sentenças da Corte IDH no que se refere ao ponto da persecução penal.

7. CONCLUSÃO

Cuidados são necessários na análise de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos para evitar conclusões precipitadas a respeito do tipo de violações de direitos humanos mais frequentes em determinado país e, também, para que se possa compreender o caráter punitivista de algumas de suas disposições.

O primeiro ponto que se buscou demonstrar, neste trabalho, foi que a grande frequência com que os artigos 8 e 25 aparecem nos casos submetidos à Corte Interamericana não permite concluir que o sistema de justiça seja a maior fonte de violações de direitos humanos no Brasil. Essa frequência é consequência do caráter subsidiário do sistema interamericano, que, grosso modo, somente deve analisar um caso se as instâncias internas falharam. Então, a falha do sistema de justiça brasileiro é quase um

¹⁴⁴⁸ A lista de casos em supervisão de cumprimento, bem como a relação dos pontos cumpridos e aqueles pendentes de cumprimento em cada caso, pode ser encontrada no *site* da Corte IDH: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_supervision.cfm

requisito para que um caso possa ser analisado pelo sistema interamericano de proteção de direitos humanos. Daí a frequência da matéria.

O segundo ponto que se intentou demonstrar foi, a partir da análise das sentenças até hoje proferidas em casos brasileiros, que, em relação às violações de direitos humanos pertinentes a falhas no sistema de justiça, há uma preponderância de alegações e de reconhecimento de violações relacionadas à justiça criminal, mais precisamente à ausência ou falha no desempenho das obrigações estatais de investigar, processar e punir os responsáveis por atos que importem em violações e direitos humanos. Isso tem feito surgir determinações de caráter punitivista nas sentenças proferidas pela Corte IDH e tem revelado a centralidade conferida por esse tribunal internacional à justiça criminal na proteção dos direitos humanos.

A partir das constatações acima, foi feito um resgate das primeiras sentenças proferidas pela Corte IDH em casos contenciosos com o objetivo de demonstrar que, embora a obrigação de realização da persecução penal tenha sido reconhecida desde a primeira sentença de mérito proferida por esse tribunal internacional, ela não decorria, em um primeiro momento, das disposições do artigo 25 da CADH, mas sim do artigo 1.1 desse mesmo tratado. O presente trabalho buscou demonstrar que, ao contrário do que se verifica hoje, a interpretação inicialmente conferida pela Corte IDH ao artigo 25 da CADH não incluía a persecução penal como um dos remédios efetivos na proteção de direitos humanos e que essa foi uma construção surgida mais de dez anos após proferida a primeira sentença de mérito.

Por fim, buscou-se expor que, se, por um lado, as disposições da Corte IDH determinando a realização de persecução penal revelam que esse tribunal confere papel central à justiça criminal na defesa dos direitos humanos, de outro, essas disposições têm demonstrado ser de difícil cumprimento por parte dos Estados americanos, entre eles o Brasil.

BIBLIOGRAFIA

- AMBOS, Kai; DIAS, Leandro. ¿Un derecho humano a la pena? In: *Revista Derecho Penal*. N. 57. 2016.
- FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As Obrigações Processuais Penais Positivas*: Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A. A Implementação das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Argentina: Uma Análise do Vaivém Jurisprudencial da Corte Suprema de Justiça da Nação. In: *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, v. 8, n. 15, p.115-133, dez. 2011.
- HUNEEUS, Alexandra. International Criminal Law by Other Means: The Quasi-criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts. In: *The American Journal of International Law*, v. 107, n. 1, pp. 1-44, jan. 2013.
- LEDESMA, Héctor Faúndez. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*: Aspectos institucionales y procesales. 3. ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2004.
- LIMA, Raquel da Cruz. *O Direito Penal dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias. *Estudo sobre a reforma da justiça no Brasil e suas contribuições para uma análise geopolítica da justiça nas Américas*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

48.

O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS NA CADH

Bruno Augusto Vigo Milanez

RESUMO: Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, inseriu-se na CR/88 o inciso V-A, no art. 109, §5º, incorporando em nosso ordenamento a figura do Incidente de Deslocamento de Competência (IDC). Trata-se do instrumento que possibilita que casos originariamente julgados na justiça estadual sejam deslocados para processo e julgamento perante a justiça federal, quando evidenciadas graves violações de direitos humanos. Em decorrência da abertura semântica do texto constitucional, bem como da inexistência de regra infraconstitucional que delimite as hipóteses de cabimento do IDC, o presente artigo tem por objeto uma análise dos IDC's decididos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de se estabelecer alguns critérios concretos de delimitação do âmbito de aplicação do incidente.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; tratados internacionais; responsabilização internacional; processo penal; deslocamento de competência.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A (in)constitucionalidade do IDC; 3. A busca de alguns consensos sobre quais crimes podem implicar grave violação de direitos humanos; 4. As hipóteses de graves violações de direitos humanos na casuística dos IDC's julgados pelo STJ; 5. Assegurar o cumprimento de obrigações assumidas e a incapacidade do estado-membro levar a cabo a investigação e/ou o processo criminal; 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil, seguindo o movimento de internacionalização e universalização dos direitos humanos – modernamente, fala-se em um sistema internacional de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2010, p. 3-12) –, incorporou em seu ordenamento positivo diversos tratados e convenções internacionais a respeito da matéria.

A existência de um sistema normativo de proteção internacional desses direitos pressupõe seja o cidadão pensado como *sujeito de direitos e obrigações* no plano internacional e, portanto, “*o reconhecimento de que os seres humanos têm direitos sob o plano internacional implica a noção de que a negação desses mesmos direitos impõe, como resposta, a responsabilização internacional do Estado violador*” (PIOVESAN, 2010, p. 8).

Assim, a incorporação de princípios e regras positivadas em tratados e convenções internacionais de direitos humanos demanda a existência de mecanismos jurídicos que permitam a responsabilização subsidiária do Estado, no plano internacional, em

hipótese de descumprimento dos compromissos pactuados e das obrigações assumidas perante a comunidade jurídica internacional:

“No sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o Estado tem a responsabilidade primária pela proteção desses direitos, ao passo que a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária. Os procedimentos internacionais têm, assim, natureza subsidiária, constituindo garantia adicional de proteção dos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais. (...) A universalização dos direitos humanos fez com que os Estados consentissem em submeter ao controle da comunidade internacional o que até então era de seu domínio reservado.” (PIOVESAN, 2010, p. 161 e 168)

No âmbito do **sistema global de proteção internacional**, o controle de possíveis violações de direitos humanos pelo Brasil passou a ser admitido formalmente por força do Decreto 592/92, que ratificou o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* (PIDCP). Este diploma contempla o *Comitê de Direitos Humanos* – órgão responsável pelo monitoramento da implementação e aperfeiçoamento das garantias previstas no PIDCP – que atua a partir dos relatórios enviados pelos Estados parte, das comunicações interestatais e das petições individuais (arts. 40 e 41, do *PIDCP*).

Tanto a sistemática das comunicações interestatais como a de petições individuais é opcional, ou seja, ao ratificar o Pacto, o Estado não estava obrigado a aderir a estas duas formas de controle pelo Comitê de Direitos Humanos (art. 41.1, do Pacto). O reconhecimento, pelo Brasil, da competência do Comitê para receber e analisar as comunicações e as petições se deu a partir da aprovação do **Protocolo Facultativo ao Pacto** (arts. 1º e 2º), por força do Decreto Legislativo 311/09.

No contexto do **sistema regional de proteção** dos direitos humanos, o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos – *Pacto de San José da Costa Rica* –, conforme o Decreto 678/92. A CADH prevê um catálogo de direitos e garantias individuais, que podem ser incorporados ao ordenamento interno pelos membros da Organização dos Estados Americanos, falando-se assim em um *sistema interamericano de proteção de direitos humanos*.

A CADH prevê que os assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados signatários cabem tanto à Comissão Interamericana de Direitos humanos como à Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 33. ‘a’ e ‘b’, da CADH)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui competência jurisdicional (arts. 61 e ss. da CADH) e “*Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção*” (art. 62, da CADH).

O Brasil reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir do Decreto 89/98, momento em que passou a poder ser responsabilizado internacionalmente pela violação de direitos humanos positivados no *Pacto de San José da Costa Rica*, conforme prevê o art. 63.1, da CADH:

“Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.”

A responsabilidade internacional do Estado brasileiro, por eventuais violações a direitos humanos tutelados na CADH, recai sobre a União:

“(...) é a União que tem a responsabilidade internacional na hipótese de violação de obrigação internacional em matéria de direitos humanos que se comprometeu juridicamente a cumprir. Todavia, paradoxalmente, em face da sistemática até então vigente, a União, ao mesmo tempo em que detém a responsabilidade internacional, não é responsável em âmbito nacional, já que não dispõe da competência de investigar, processar e punir a violação, pela qual internacionalmente estará convocada a responder.” (PIOVESAN, 2010, p. 315)

Nesse contexto, inegável a necessidade de incorporar instrumentos jurídicos idôneos ao cumprimento dos compromissos convencionados no âmbito internacional.

Assim, objetivando a realização em concreto dos direitos humanos no Brasil, o Projeto de Emenda Constitucional n. 368/96, propôs a inserção de dois incisos ao art. 109 da CR/88, estabelecendo que a Justiça Federal seria competente para o processo e julgamento de crimes que violassem direitos humanos, nos seguintes termos:

“PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 368, DE 1996 (Do Poder Executivo). Mensagem Nº 421/96: Art. 1º. São acrescentados dois incisos no art. 109 da Constituição, de números XII e XIII, com a seguinte redação. “Art. 109 .. XII – os crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob a tutela de órgão federal de proteção dos direitos humanos; XIII – as causas civis ou criminais nas quais órgão federal de proteção dos direitos humanos ou o Procurador-Geral da República manifeste interesse.”

Segundo a Exposição de Motivos n. 231-A/96 – Ministro da Justiça, a alteração se justificava, pois “*as lesões aos Direitos Humanos ficaram sob a égide do aparelhamento policial e judicial dos Estados Federados que, em face de razões históricas, culturais, econômicas e sociais, têm marcado sua atuação significativamente distanciada dessa temática*”.

Embora esse Projeto não tenha sido aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, na forma como inicialmente formulada, foi apensado ao Projeto de Emenda Constitucional n. 96-A/92 (Posteriormente PEC n. 29/00, no Senado), tendo sido aprovado, passando a integrar o ordenamento jurídico pela EC n. 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário) que, dentre diversas modificações no ordenamento consti-

tucional positivo, inseriu a figura do incidente de deslocamento de competência (IDC) no art. 109, § 5º, V-A, da CR/88.

Na Exposição de Motivos n. 205/04, justificou-se a inserção do IDC no ordenamento jurídico no sentido da resolução mais rápida e efetiva de controvérsias relativas à violação de direitos humanos, haja vista a possível responsabilização da União perante as instâncias internacionais em caso de morosidade ou inércia dos poderes públicos no âmbito dos Estados:

“Exposição de Motivos n.º 204 de 15 de dezembro de 2004 (PACTO DE ESTADO EM FAVOR DE UM JUDICIÁRIO MAIS RÁPIDO E REPUBLICANO) (...) 7. GRAVES VIOLAÇÕES CONTRA DIREITOS HUMANOS: “Fruto da plena integração do Brasil nos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, avolumam-se denúncias contra o nosso País em foros competentes para a supervisão dos compromissos contraídos. Merece destaque, a este propósito, as representações oferecidas no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

Como decorrência deste Pacto, a primeira tarefa que será implementada é a identificação de todos esses casos em um único banco de dados. Seguir-se-á a estruturação, no âmbito do Poder Judiciário, de sistema de acompanhamento dos inquéritos e ações judiciais relacionados com os casos enfocados, com vistas ao recebimento das informações necessárias à manifestação do Brasil perante as instâncias internacionais. O objetivo de todas essas iniciativas é resolver rapidamente as controvérsias, inclusive com a busca de soluções amistosas, quando for o caso.”

Assim, com a vigência da EC n. 45/2004, o art. 109, § 5º, V-A foi inserido na CR/88, com a seguinte redação:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo (...) § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.”

Em linhas gerais, o IDC permite ao Procurador Geral da República, em hipóteses de graves violações de direitos humanos, postular, perante o Superior Tribunal de Justiça, a federalização de determinada investigação criminal ou processo penal, deslocando-se a competência (de investigação, processo e /ou julgamento – OLIVEIRA, 2010, p. 269) da justiça estadual para a justiça federal.

A denominada federalização dos crimes de direitos humanos (PIOVESAN, 2010, p. 412) se justifica, pois em que pese tenha a União responsabilidade no plano internacional, existem diversos casos penais que tramitam perante a justiça estadual e que podem envolver graves violações de direitos humanos. Nesses casos, eventual omissão ou desídia dos órgãos de persecução penal estadual pode implicar na respon-

sabilização da União e, assim, para tentar evitar essa responsabilização internacional, o IDC possibilita que casos penais sejam federalizados e a responsabilização evitada ou minimizada pela União¹⁴⁴⁹.

2. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO IDC

Quando surgiu, a figura do IDC gerou acaloradas discussões a respeito de sua constitucionalidade, mormente quando confrontado o instituto com a garantia do juiz natural.

Esse princípio, positivado no art. 5º XXXVII e LIII, da CR/88, garante ao cidadão o direito a não ser julgado por juízo ou tribunal de exceção, em seu aspecto negativo, e de ser julgado pela autoridade judiciária competente, em seu aspecto positivo (visão ampla da garantia, no âmbito do processo penal, pode ser consultada em BADARÓ, 2014; MILANEZ, 2020).

Na esteira da doutrina de Jorge de Figueiredo Dias – acolhida no Brasil, dentre outros, por Coutinho (2008) –, é possível decompor a garantia do juiz natural em três planos de análise, quais sejam: (a) plano da fonte: só a lei pode estabelecer o juiz competente; (ii) plano temporal: a lei que fixa a competência é aquela vigente no momento da prática dos fatos em tese delituosos e; (iii) plano da ordem taxativa: as regras que determinam competência devem ser taxativas, no sentido de não permitirem escolhas subjetivas ou discricionárias de órgão jurisdicional, ou seja, se aplicadas corretamente, as regras de atribuição de competência sempre conduzem a um único órgão jurisdicional competente.

Tomando-se por base a dogmática do juiz natural a partir dos referenciais teóricos apresentados, a possibilidade de deslocamento de uma competência jurisdicional criminal, da justiça estadual para a justiça federal, a partir de critérios maleáveis (como a configuração da *grave violação de direitos humanos*), poderia representar uma burla à garantia do juiz natural, tanto no que diz com o plano temporal, como naquilo que tange ao plano da ordem taxativa.

Posição similar é aquela de Borges (2005), para quem o IDC implica em verdadeira autorização de violação do princípio do juiz natural contida na CR/88, implicando efetiva inconstitucionalidade material, pois uma cláusula pétrea do ordenamento constitucional foi modificada, na medida em que o legislador, por meio do IDC, flexibilizou a garantia do juiz natural.

1449 A justificativa de que o IDC evita (ou mitiga) a responsabilização da União por ações ou omissões praticadas no âmbito de Estados-membros é objeto de crítica na doutrina. Para Choukr (2017, p. 190), este fundamento comporta ao menos três objeções, que podem ser assim resumidas: (a) o mecanismo para solucionar as violações de direitos humanos por entes federados é a intervenção federal, por expressa previsão constitucional; (b) o uso do IDC como instrumento de cooperação entre União e Estados-membros é uma falácia, pois a suposta cooperação se efetiva com a exclusão do Estado-membro da persecução criminal, caso deferido o IDC e (c) nos casos de violações direitos humanos, a própria CR/88 disponibiliza a estrutura investigativa da Polícia Federal para atuar em casos de repercussão internacional e interestadual.

Ainda em consonância com as críticas expostas, Badaró (2014, p. 303) assevera que “*o incidente de deslocamento de competência, na forma em que foi disciplinado, seja pela utilização de critérios vagos e indeterminados, seja por deixar à discricionariedade de apenas uma das partes sua propositura, viola a garantia constitucional do juiz natural, sendo, pois, inconstitucional.*”

Prosseguindo na crítica, Badaró (2014, p. 303-304) ressalta a vagueza e indeterminação de conceitos como “*causas relativas a direitos humanos*” e “*hipóteses de violação de direitos humanos*”, o que permite, a depender da maior ou menor amplitude emprestada aos conceitos, retirar do âmbito de competências da justiça estadual o caso que se queira, em franca violação às regras constitucionais e infraconstitucionais de competência¹⁴⁵⁰.

Mais do que isso, aduz-se que “*a garantia do juiz natural também é violada na medida em que o deslocamento de competência não é obrigatório*”, ou seja, “*mesmo que se considere que houve grave violação de direitos humanos, o representante máximo do Ministério Público (...) poderá ou não instaurar o incidente de deslocamento. Com isso, uma das partes do processo [penal], no caso, o Ministério Público, poderá, ex post factum, com base em critérios discricionários, alterar o juiz que era competente, segundo as regras vigentes ao tempo do cometimento do delito.*” (BADARÓ, 2014, p. 307).

Outro ponto de inflexão diz com a segurança jurídica que se espera das regras de competência, que podem ser mitigadas com o eventual abuso na utilização do IDC (BADARÓ, 2015, p. 263).

Em primeiro lugar, e para além das questões conceituais a respeito da ideia de “direito humanos”, há ainda uma enorme problemática no que diz com o conteúdo destes, haja vista inexistir um rol legal de direitos abarcados pela definição, nem mesmo um entendimento doutrinário ou jurisprudencial pacífico a respeito de quais seriam os direitos humanos (BORGES, 2005).

Assim sendo, e ao menos em hipótese, qualquer tipo de conduta delituosa e qualquer espécie de bem jurídico violado podem representar uma “*grave violação a direitos humanos*”, sendo certo que uma generalização desse porte é absolutamente incompatível com o juiz natural e a taxatividade legal que permeia essa garantia.

Além da imprecisão do conteúdo dos direitos humanos, a própria definição dos casos, pelo Procurador Geral da República – parte legítima para suscitar o IDC –, que poderão ser objeto de federalização, leva em consideração outros requisitos de ordem fática que dependem de uma análise subjetiva (*v.g.* identificação da inércia ou desídia do Estado membro na condução da persecução penal). Como se vê, há diversos pontos

1450 As críticas ao IDC, no sentido de que violam a garantia do juiz natural, são também compartilhadas por Nicolitt (2018, p. 454-457).

extremamente delicados no manejo do IDC, sendo certo que a hipertrofia do instituto pode representar uma severa limitação da garantia constitucional do juiz natural.

A questão, porém, não é unânime da doutrina.

Há quem entenda que o IDC não implica em qualquer violação ao princípio do juiz natural, como é o caso de Oliveira (2010, p. 269) que, aparentando considerar apenas o plano *temporal*, afirma que haveria violação ao princípio do juiz natural tão somente se a regra fosse aplicada a fatos ocorridos anteriormente à vigência da EC n. 45/2004.

No que se refere à vagueza de alguns conceitos previstos no art. 109, § 5º, V-A, da CR/88, entende-se que o cabimento ou não do IDC deve levar em consideração uma criteriosa análise das circunstâncias do caso concreto, considerando-se o “*grau de repercussão da conduta, em relação à efetiva possibilidade de intervenção da Administração e das autoridades federais para a repressão e prevenção de tais delitos*” (OLIVEIRA, 2010, p. 268).

O argumento, que em princípio deveria jogar em favor da objetividade do IDC, na verdade parece reforçar a tese de que o incidente depende de fatores subjetivos, dada a impossibilidade de definição objetiva de significantes como “*grau de repercussão da conduta*”.

Oliveira (2010, p. 268-269) ainda considera que o IDC não implica em vero e próprio deslocamento de competência, pois quando o caso penal envolver grave violação de direitos humanos e, evidenciada a necessidade de intervenção dos órgãos de persecução federais, ter-se-ia hipótese de competência originária da Justiça Federal.

Em linha análoga, na defesa da constitucionalidade do IDC, Ferreira (2009, p. 258) afirma que ao invés de simplesmente afetar à competência da Justiça Federal todos os casos envolvendo graves violações de direitos humanos, a regra do art. 109, § 5º, V-A, da CR/88 “*reafirmou a competência [penal] dos órgãos judiciais estaduais, limitando-se a disponibilizar um instrumento subsidiário e extraordinário a ser aplicado apenas quando esteja ameaçado o cumprimento das obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário*”.

No que diz com a eventual violação ao princípio do juiz natural, pondera-se que o fator determinante para o deferimento da federalização do caso penal através do incidente de deslocamento de competência não se relaciona diretamente com a figura do investigado ou acusado, mas com “*a atuação insatisfatória dos órgãos estatais na repressão do ilícito*”, o que afastaria qualquer tendência de se submeter o cidadão “*a julgamento parcial*” (FERREIRA, 2009, p. 260-261).

E ainda que deferido o IDC, a investigação ou processo penal não seriam direcionados a determinado juiz ou Tribunal escolhido por critérios alheios à legalidade, na medida em que “*os julgadores não são livremente escolhidos, respeitando-se a pré-existência*

de juízes federais e procuradores da república” e assim estaria respeitada, igualmente, a “*pré-existência de órgãos jurisdicionais, juízes e procuradores na esfera federal*” (FERREIRA, 2009, p. 261).

A este raciocínio se pode agregar as conclusões de Brega Filho (2007, p. 75), que em defesa da constitucionalidade do IDC, aduz que as regras de divisão de competência existem e são conhecidas com anterioridade aos fatos, de modo que o deslocamento de competência, em caso de deferimento do incidente, seguiria as regras legais positivas no ordenamento. Na lógica do autor,

“Existirão dois juízes naturais. Um que desde o início conhecerá do feito (estadual) e um juiz potencial (federal), que poderá ser acionado no caso da inépcia da justiça estadual. Desde a ocorrência do fato, já se saberá qual é o juiz inicial e o juiz potencial, não havendo que se falar em juízo de exceção.”

Além das objeções e divergências doutrinárias, a questão relativa à constitucionalidade do IDC também é objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ainda pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (ADI's 3.486 e 3.493)¹⁴⁵¹.

Como a matéria ainda está pendente de análise pela Corte Constitucional e, enquanto não se afirma (ou infirma) a constitucionalidade do IDC, fato é que, pela presunção de constitucionalidade das leis, o Superior Tribunal de Justiça vem promovendo a análise de mérito dos incidentes que são propostos pela Procuradoria Geral da República. E, com isso, é possível analisar os casos até então julgados para, de algum modo, tentar extrair alguns critérios a respeito do cabimento do instituto, bem como a delimitação das hipóteses em que a federalização tem sido admitida. A importância na definição dos critérios é central, na medida em que, como se afirmou, eventual hipertrofia do IDC implica em severa mitigação do princípio do juiz natural, permitindo toda ordem de manipulação de competência penal.

3. A BUSCA DE ALGUNS CONSENSOS SOBRE QUAIS CRIMES PODEM IMPLICAR GRAVE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Sabendo-se que o deferimento do IDC, por força da regra do art. 109, § 5º, V-A, da CR/88, depende da demonstração de uma *grave violação de direitos humanos*, é necessário decompor a regra constitucional para fins de delimitar, no campo semântico, quais seriam esses “*direitos humanos*” e quando estará configurada a “*grave violação*.”

Não há uniformidade nem consenso quanto ao conceito e ao conteúdo dos direitos humanos. No campo conceitual, a expressão direitos humanos pode ser equivalente a “*direitos fundamentais*”, “*direitos individuais*”, “*liberdades fundamentais*”, tudo a depender da doutrina adotada.

¹⁴⁵¹ Uma breve síntese dos argumentos das ações diretas de inconstitucionalidade que questionam a figura do IDC pode ser conferida em Ferreira (2009, p. 255-257).

Na medida em que a federalização dos casos penais, possível através do IDC, depende, em larga medida, da definição do conteúdo desses direitos fundamentais, é necessário estabelecer algumas balizas delimitadoras, a fim de que não sejam banalizados nem o IDC, nem os próprios direitos fundamentais.

Na doutrina, tem-se defendido que, para efeitos de propositura do incidente de deslocamento de competência, estão incluídos os direitos humanos de primeira, segunda e terceira gerações, bem como outras gerações de direitos humanos que venham a ser reconhecidas no plano internacional, independentemente de estarem positivados ou não no texto constitucional, adotando-se, portanto, uma concepção aberta de direitos humanos:

“(...) pare efeito de deslocamento de competência, estão incluídos os direitos de primeira, segunda e terceira geração e, diante da cláusula de abertura dos direitos humanos, podem ser federalizados novos direitos humanos que surjam e sejam objeto de tratados internacionais, independentemente de estarem integrados ao texto constitucional.” (BREGA FILHO, 2007, p. 70)

No que diz com o requisito da “grave violação”, Brega Filho (2007, p. 71) defende, na tentativa de limitar o espaço de incidência do IDC, que as infrações de menor potencial ofensivo (art. 61, da Lei 9.099/95) não possam implicar grave violação de direitos humanos, assim como as infrações penais com pena abstrata igual ou inferior a quatro anos de reclusão. Esse patamar de pena estaria justificado com base na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), a qual foi ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 5.015/04 e prevê, no art. 2º, *b*, que infração grave é todo “ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior”.

No campo da jurisprudência, a análise dos IDC’s julgados pelo Superior Tribunal de Justiça permite identificar alguns critérios delimitadores da ideia de grave violação de direitos humanos.

No que se refere à natureza jurídica, considera-se existir grave violação de direitos humanos nos crimes que (i) envolvam bens jurídicos tutelados, de forma dominante, no cenário internacional, e (ii) que os países se comprometeram a prevenir e reprimir mediante tratados ou convenções internacionais¹⁴⁵².

Em sentido exemplificativo, o Superior Tribunal de Justiça consignou que podem implicar em grave violação de direitos humanos:

“os crimes de tortura; os homicídios dolosos qualificados praticados por agente funcional de quaisquer dos entes federados; os cometidos contra as comunidades indígenas ou seus integrantes; os homicídios dolosos quando motivados por preconceito de origem, raça, sexo, opção sexual, cor, religião, opinião política ou idade ou quando decorrente de

1452 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Incidente de Deslocamento de Competência n. 2. Relatora: Min. Laurita Vaz, DJ 27.10.2010.

conflitos fundiários de natureza coletiva; e os crimes de uso, intermediação e exploração de trabalho escravo ou de criança e adolescente em quaisquer das formas previstas em tratados internacionais”¹⁴⁵³.

Poder-se-ia objetar que o presente rol, além de não estar disciplinado em lei, é meramente exemplificativo e, portanto, não vincularia o Superior Tribunal de Justiça quando lhe for apresentado um pedido de federalização de casos penais. Ainda que o argumento seja correto, não é menos verdade que uma lista taxativa de ilícitos penais poderia afastar a própria lógica que subjaz a criação do IDC, qual seja, fazer valer as obrigações pactuadas em âmbito internacional e evitar a responsabilização do Brasil no âmbito internacional.

Ainda assim, o rol não taxativo de delitos que podem implicar grave violação de direitos humanos, da forma como sugerido pelo Superior Tribunal de Justiça, aproxima-se da lógica proposta na doutrina, como se pode evidenciar do magistério de Sarlet (2012, p. 29-30). Considera o autor que a delimitação dos direitos humanos se relaciona ao direito internacional e que o caráter transnacional dos bens jurídicos de maior relevo se manifesta pelos tratados e convenções internacionais ratificados pelos Estados. Assim, os crimes que afetam (ou podem afetar) direitos humanos são aqueles que uma grande parcela dos Estados se obrigou a reprimir e prevenir mediante consensos internacionais expressos e formalizados, sobretudo no âmbito de tratados ou convenções. Nesse sentido, seriam exemplos de violação a direitos humanos os crimes de tortura, redução à condição análoga a de escravo, homicídio, tráfico de drogas, armas e pessoas, genocídio, porém não é possível delimitar um rol taxativo desses crimes.

Em um breve cotejo com as posições da doutrina e do Superior Tribunal de Justiça, pode-se dizer que, para efeitos de delimitação conceitual, os casos penais que podem envolver grave violação de direitos humanos são aqueles cujas infrações penais envolvam ilícitos relativos aos quais os Estados, de forma amplamente majoritária, resolveram prevenir e reprimir, notadamente através de tratados ou convenções internacionais e sempre através de penas abstratas mais elevadas.

Em sentido contrário, os direitos tutelados na esfera penal apenas em âmbito interno não podem ser objeto de federalização, assim como crimes com penas máximas abstratas iguais ou inferiores a quatro anos de reclusão, pois nesses casos é o próprio direito penal que reconhece a ausência de maior gravidade dessas infrações penais.

4. AS HIPÓTESES DE GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NA CASUÍSTICA DOS IDC'S JULGADOS PELO STJ

A partir da definição do que seriam os direitos humanos que permitiriam a federalização de casos penais, mediante o IDC, o próximo passo consiste analisar os

¹⁴⁵³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Incidente de Deslocamento de Competência n. 1. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 8.6.2005.

casos concretos decididos pelo STJ, para compreender o entendimento jurisprudencial do requisito da grave violação de direitos humanos para fins de deslocamento de competência penal.

No contexto, quando o STJ julgou o IDC-1, que envolvia um caso de enorme repercussão midiática (nacional e internacional), a respeito do brutal assassinato da missionária britânica *Dorothy Stang* – que se destacava internacionalmente pela defesa intransigente dos direitos dos colonos envolvidos em conflitos com grileiros de terras em Anapu/PA –, discutiu-se pela primeira vez a questão afeta à caracterização ou não da grave violação.

Na oportunidade, o STJ afirmou que todo e qualquer homicídio doloso representa uma grave violação de direitos humanos, porém o deslocamento de competência deve ser pensado a partir da marca da excepcionalidade, caso contrário, todo e qualquer homicídio poderá ser objeto de federalização, o que teria o triplo efeito de (i) banalizar o IDC, (ii) atrofiar a competência da justiça estadual e (iii) hipertrofiar a competência da justiça federal:

“4.3 - É imprescindível, todavia, verificar o real significado da expressão “grave violação de direitos humanos”, tendo em vista **que todo homicídio doloso, independentemente da condição pessoal da vítima e/ou da repercussão do fato no cenário nacional ou internacional, representa grave violação ao maior e mais importante de todos os direitos do ser humano**, que é o direito à vida. Esta é uma das dificuldades. 4.4 - Destarte, **não é razoável admitir** – sob pena, inclusive, de esvaziar a competência da Justiça Estadual e inviabilizar o funcionamento da Justiça Federal – **que todos os processos judiciais que impliquem grave violação a um desses direitos possam ensejar o deslocamento da competência para o processamento e julgamento do feito para o Judiciário Federal**, banalizando esse novo instituto, que foi criado com a finalidade de disponibilizar instrumento capaz de conferir eficiente resposta estatal às violações aos direitos humanos, evitando que o Brasil venha a ser responsabilizado por não cumprir os tratados internacionais, por ele firmados, que versem sobre esses direitos internacionalmente protegidos.”

No caso, em que pese o reconhecimento da grave violação a direitos humanos, o IDC-1 foi indeferido, pois a federalização dos casos depende de outros fatores, não demonstrados nos autos, a exemplo da “*demonstração concreta do risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal.*”

No IDC-2, a grave violação de direitos humanos restou demonstrada pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, que envolveu o homicídio de político notório defensor de direitos humanos e autor de diversas denúncias contra grupos de extermínio. Nos fundamentos ao reconhecimento da gravidade, o STJ consignou que o delito “*teve*

como elemento motivador a intenção de fazer calar uma das vozes que se levantavam contra a impunidade que abraça os grupos de extermínio em atuação na divisa entre a Paraíba e Pernambuco”¹⁴⁵⁴.

Entendeu-se, ademais, que além do bem jurídico tutelado pela norma penal (vida), violado através do homicídio, a própria base do Estado foi atacada, pois a persecução penal do caso estava sendo desafiada por grupos de extermínio, havendo inclusive o assassinato de testemunhas do caso.

Considerando-se ainda haver sérios riscos de responsabilização internacional do Brasil pelo episódio, aliado à notória incapacidade das instâncias locais estaduais em oferecer resposta efetiva no sentido da repressão ao crime ocorrido, o IDC-2 foi parcialmente acolhido, com a federalização do caso.

Também no IDC-3, considerou-se existir grave violação de direitos humanos no caso concreto, que envolvia homicídios e torturas praticados em contexto de milícia no Estado de Goiás. Consignou o STJ que *“a expressão grave violação a direitos humanos coaduna-se com o cenário da prática de crimes de tortura e homicídio, ainda mais quando levados a efeito por agentes estatais de segurança pública.”*¹⁴⁵⁵

O IDC-3 foi parcialmente acolhido. Nesta parte, reconheceu-se a inexistência de medidas persecutórias, no âmbito do Estado, para a apuração de alguns crimes retratados nos autos. Na parte não acolhida, em que pese o reconhecimento da grave violação de direitos humanos, reconheceu-se que não havia qualquer omissão dos órgãos de persecução penal, haja vista a investigação e processamento dos casos penais.

No IDC-5, a grave violação a direitos humanos foi reconhecida haja vista a existência de homicídio em tese praticado por grupo de extermínio, em face de Promotor de Justiça que atuava na repressão desses crimes:

*“(...) reputo ter havido grave violação de direitos humanos. Isso porque os autos apontam que a morte do Promotor de Justiça Thiago Faria Soares, à época exercendo suas atribuições na Comarca de Itaíba/PE, provavelmente resultou da ação de grupos de extermínio que atuam no interior do Estado de Pernambuco, na esteira de tanto outros que ocorreram na região conhecida como ‘Triângulo da Pistolagem’, situada na agreste pernambucano, em especial no Município de Itaíba.”*¹⁴⁵⁶

O IDC-5 foi julgado procedente, pois além de reconhecimento da existência de grave violação de direitos humanos, entendeu-se estarem caracterizados, igualmente, os requisitos da inércia dos poderes públicos estatais na investigação e punição do delito,

1454 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Incidente de Deslocamento de Competência n. 2. Relatora: Min. Laurita Vaz, DJe 22.11.2010.

1455 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Incidente de Deslocamento de Competência n. 3. Relator: Min. Jorge Mussi, DJe 2.2.2015.

1456 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Incidente de Deslocamento de Competência n. 5. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 1.9.2014.

bem como a existência de elevada probabilidade de responsabilização internacional do Brasil, caso mantido o *status quo*.

No IDC-10, também foi reconhecida a existência da grave violação a direitos humanos, no caso da denominada *Chacina do Cabula*, que consistiu em operação policial, realizada pela Polícia de Salvador/BA, que resultou na morte de 12 (doze) pessoas (em sua maioria adolescentes) e em outras 6 (seis) pessoas feridas, em condições que indicariam execuções sumárias¹⁴⁵⁷.

No julgamento do IDC-10, reconheceu-se ainda que os fatos poderiam gerar responsabilização internacional do Brasil, porém o incidente foi julgado improcedente pois não teria sido verificado, no caso concreto, inércia ou omissão do Estado na apuração dos crimes, seja porque os processos criminais foram instaurados, seja porque a sentença absolutória proferida foi anulada pelo TJ/BA, com determinação da realização de outro julgamento do mérito do caso penal.

No IDC-14, buscou-se a federalização de crimes militares próprios (notadamente greve, motim, revolta etc, praticados por Policiais Militares) que teriam gerado situação caótica na segurança pública do Espírito Santo.

No caso concreto, o IDC-14 foi julgado improcedente, sendo que até mesmo o requisito da grave violação de direitos humanos não foi reconhecido, por questões de ordem aparentemente processual:

“(...) a greve dos policiais militares repercutiu fortemente na segurança pública do Estado do Espírito Santo, que durante aquele período, viu-se às voltas com a prática de inúmeros crimes, trazendo sentimento de insegurança da população, que se viu privada de transporte, saúde, educação, segurança, integridade pessoal e dignidade, os quais constituem direitos básicos que o Estado tem a obrigação de assegurar. O que se vislumbra é uma atuação deficitária do poder público, que acabou por representar a falência do Estado na prestação da segurança pública.

Ocorre, porém, que este incidente de deslocamento de competência objetiva transferir para a Justiça Federal do Estado do Espírito Santo (pelo menos foi esse o pedido final do Ministério Público) o julgamento dos responsáveis pela **greve**, que como se verá a seguir, já estão respondendo a feitos que correm na Justiça Militar daquele Estado. **Os trágicos e gravíssimos desrespeitos aos direitos da população do Espírito Santo naquele período foram trazidos pelo Ministério Público para contextualizar os fatos, mas eles não constituem objeto direto deste pedido.** (...)”

O que se tem é que as consequências da paralisação foram gravíssimas, mas o Ministério Público restringiu-se a pedido para que os crimes militares próprios, praticados pelos agentes militares em razão de **greve**, sejam julgados na Justiça Federal do Espírito Santo, ao invés da Justiça Militar. Apenas e tão somente isso, como será reafirmado a seguir.”¹⁴⁵⁸

1457 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Incidente de Deslocamento de Competência n. 10. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJ 19.12.2018.

1458 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Incidente de Deslocamento de Competência n. 14. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 22.8.2018.

5. ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS E A INCAPACIDADE DO ESTADO-MEMBRO LEVAR A CABO A INVESTIGAÇÃO E/OU O PROCESSO CRIMINAL

Apresentados os conceitos de *direitos humanos* e de *grave violação*, para fins de preenchimento dos requisitos legais explícitos ao deferimento do IDC, bem como analisados os casos concretos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de identificar quando se considera presente a grave violação aos direitos humanos, cabe ainda a análise dos demais requisitos criados pela atuação jurisdicional do STJ.

No IDC-1, o STJ estabeleceu que o deferimento do incidente, com o consequente deslocamento de competência e federalização do caso, depende de três requisitos cumulativos, sendo que o não preenchimento de qualquer deles inviabiliza o deferimento do pedido:

“12 - Em síntese. Além dos dois requisitos prescritos no § 5º do art. 109 da CF, quais sejam, **(a) grave violação a direitos humanos e (b) assegurar o cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais**, é necessário, ainda, a presença de terceiro requisito, **(c) a incapacidade (oriunda de inércia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais, materiais etc.) de o Estado-membro, por suas instituições e autoridades, levar a cabo, em toda a sua extensão, a persecução penal**. Tais requisitos – os três – hão de ser cumulativos (...)”

Esse precedente evidencia a criação, pela via da interpretação jurisprudencial, de requisitos cumulativos ao deferimento do IDC, além daqueles previstos na regra do art. 109, § 5º, V-A, quais sejam, *(i)* a possibilidade de responsabilização do Brasil no plano internacional e *(ii)* a incapacidade de o Estado-membro realizar, de forma efetiva, a persecução penal, seja no plano investigativo ou processual.

Estes requisitos, vale reforçar, são cumulativos. É que, a rigor, em todos os casos nos quais se verifica a existência de grave violação a direitos humanos há, em maior ou menor grau, a possibilidade de responsabilização internacional do Brasil por desídia, omissão ou negligência. Logo, se o Estado-membro estiver realizando as ações necessárias para reparar, coibir, reprimir e/ou prevenir a conduta ilícita, o risco de responsabilização desaparece (ou se reduz sensivelmente), tornando injustificada a federalização do caso.

Na hipótese do IDC-1, foi exatamente a ausência de inércia, omissão ou desídia na persecução penal levada a cabo no âmbito estadual que conduziu ao indeferimento da federalização do caso. Com efeito, os fundamentos do voto do Min. Arnaldo Esteves Lima demonstraram que

“as autoridades estaduais encontram-se empenhadas na apuração de tais fatos [assassinato de Dorthy Stang], visando punir os eventuais responsáveis, refletindo a intenção e o dever do Estado do Pará em dar resposta eficiente à violação do maior e mais importante dos direitos humanos, o que afasta a necessidade do deslocamento da competência originária

para a Justiça Federal de forma subsidiária, sob pena, inclusive, no caso, de tumultuar o andamento do processo criminal e procrastinar a solução da lide, utilizando-se o instrumento criado pela norma constitucional (art. 109, § 5º) em desfavor da sua própria finalidade, que é combater a impunidade dos crimes praticados com grave violação aos direitos humanos”

Ao revés, no IDC-2 a federalização foi deferida, pois além da constatação da grave violação de direitos humanos e do potencial risco de responsabilização do Brasil no plano internacional, estava igualmente caracterizada a incapacidade do Estado-membro em conduzir, eficazmente, a persecução penal.

No caso concreto, esta incapacidade restou configurada, ao menos, por três circunstâncias fáticas aferíveis empiricamente: (i) ineficácia na adoção de medidas de proteção das testemunhas, havendo informações, nos autos, de que ao menos duas delas foram assassinadas e, uma terceira, sofreu um atentado; (ii) havia ameaças de morte a membros do Poder Público estadual (juízes e promotores), bem como à família da vítima do homicídio que gerou o pedido de federalização do caso e; (iii) as próprias autoridades públicas estaduais solicitaram auxílio na repressão aos crimes praticados pelos grupos de extermínio, solicitando a federalização do caso.

No IDC-5, a federalização foi deferida, pois além da caracterização da grave violação de direitos humanos, entendeu-se que a persecução penal continha graves falhas, aptas a caracterizarem negligência e, no limite, a impunidade do crime objeto da federalização:

“A falta de entendimento operacional entre a Polícia Civil e o Ministério Público estadual ensejou um conjunto de falhas na investigação criminal que arrisca comprometer o resultado final da persecução penal, com possibilidade, inclusive, de gerar a impunidade dos mandantes e dos executores do citado crime de homicídio.”¹⁴⁵⁹

No IDC-3, a questão da incapacidade do Estado-membro na realização da persecução penal é aprofundada. Na análise do caso concreto objeto do pedido de federalização, o Min. Jorge Mussi parte de uma distinção entre incapacidade (ou ineficácia) e ineficiência: “*enquanto a incapacidade ou ineficácia derivam de completa ignorância no exercício das atividades estatais tendentes à responsabilização dos autores dos delitos apontados, a ineficiência constitui a ausência de obtenção de resultados úteis e capazes de gerar consequências jurídicas, não obstante o conjunto de providências adotadas.*”

Promovida a distinção, afirmou-se, na hipótese dos autos, que apenas a ineficácia ou incapacidade podem gerar o deslocamento de competência, mas que a ineficiência deve ser objeto de atuação dos órgãos correccionais e disciplinares, em âmbito interno. Em relação à morosidade no trâmite do processo crime, aduziu o Min. Jorge Mussi que “*a excepcionalidade do deslocamento de competência implica que à sua acolhida não é suficiente a*

1459 Há posição doutrinária no sentido de que as eventuais deficiências, omissões ou desídia do Estado-membro, apenas na fase investigativa, não deve ensejar o deslocamento de competência. Segundo Brega Filho (2007, p. 72), “*caso a incapacidade seja apenas da polícia judiciária, não será o caso de deslocamento de competência, pois a legislação infraconstitucional já permite que a Polícia Federal investigue as infrações penais que resultem graves violações de direitos humanos.*”

mera confirmação de atraso na prestação jurisdicional, recomendando-se a adoção de medidas diversas, menos drásticas e, quiçá, mais eficazes, como solução do quadro apontado.”

Em linhas de conclusão, criou-se precedente no sentido de que a morosidade na tramitação do caso é um fator que, isoladamente, não caracteriza hipótese de federalização:

“4. Apesar de estarmos diante de preocupante atraso na prestação jurisdicional, tal cenário não revela a incapacidade, ineficácia, omissão ou inércia por parte das autoridades goianas, requisito indispensável à procedência deste incidente, pois o fator primordial para o deslocamento da competência é a ineficácia dos órgãos estatais encarregados da investigação, persecução e julgamento dos crimes. 5. Invocando-se novamente o princípio da proporcionalidade, mostra-se viável e adequada a implementação de medidas distintas por este Superior Tribunal de Justiça, que poderão trazer celeridade e eficácia à resposta penal.”

Como possível solução, no âmbito do Estado, para a morosidade processual, constou do voto condutor do IDC-3, que fosse oficiado o TJ/GO, para que recomendasse aos juízes criminais e Desembargadores Estaduais que exerciam jurisdição no caso concreto, para que dessem impulso imediato aos atos processuais, conferindo tratamento prioritário ao caso penal.

No IDC-14, além das dúvidas apontadas quanto à existência de graves violações a direitos humanos, nos limites do pedido deduzido pelo órgão do Ministério Público Federal, entendeu-se pela inexistência de ineficácia, negligência ou omissão do Estado-membro na apuração dos fatos objeto do pedido de federalização.

Os argumentos que ensejaram, neste ponto, o indeferimento do IDC-14, podem ser sumariados em quatro pontos: (i) os crimes militares próprios referidos no incidente estavam sendo processados e julgados pela justiça militar estadual, não havendo “*prova de leniência, inércia ou falta de comprometimento das instâncias locais em processar e julgar os crimes*”; (ii) não se demonstrou a alegação da parcialidade da Justiça Militar Estadual, sendo que “*alegações especulativas a revelar o mero inconformismo com o modelo de deliberação da Justiça Castrense*” são insuficientes à federalização de casos; (iii) eventuais dificuldades em processar e julgar oficiais de patente mais elevada são questões a serem resolvidas *interna corporis*, em decorrência da excepcionalidade da federalização e da característica de *ultima ratio* conferida ao IDC e (iv) não houve demonstração de falhas na investigação, de desarmonia entre os órgãos encarregados pela persecução, nem mesmo de qualquer sinalização da comunidade internacional de risco de responsabilização em relação aos fatos objeto do pedido de federalização.

6. CONCLUSÃO

O IDC foi inserido no ordenamento jurídico constitucional com a finalidade de evitar (ou, ao menos, mitigar) a responsabilização internacional do Brasil em hipóteses de graves violações de direitos humanos.

Em que pese seja a legalidade e constitucionalidade do instituto discutível, desde diversos pontos de vista – talvez a questão afeta à garantia do juiz natural seja a mais sensível delas –, certo é que, por uma análise dos casos decididos pelo Superior Tribunal de Justiça, evidencia-se uma utilização *cum grano salis* do instituto.

Até o presente momento, apenas casos penais de extrema gravidade – a exemplo de homicídios dolosos praticados em circunstâncias de extermínio, milícia ou relacionados a pessoas com uma ampla história de proteção de direitos das minorias – foram objeto de julgamento no âmbito de pedidos de federalização.

No julgamento desses casos, é possível perceber que o Superior Tribunal de Justiça possui uma jurisprudência bastante restritiva das hipóteses de federalização, entendendo que o IDC é um instrumento de *ultima ratio* e, portanto, orientado por critérios de subsidiariedade e excepcionalidade.

Mais do que isso, através da exegese do art. 109, § 5º, V-A, da CR/88, o STJ ampliou os requisitos ao deferimento do IDC, entendendo que, além da grave violação de direitos humanos, a federalização dos casos somente é possível quando presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: (i) necessidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais, para evitar responsabilização no plano internacional e; (ii) a incapacidade do Estado-membro em conduzir a persecução penal, seja do ponto de vista da investigação criminal ou do processo de conhecimento.

A excepcional federalização dos casos foi ainda reforçada quando o STJ promoveu uma salutar distinção entre ineficácia e ineficiência, para afirmar que somente na primeira hipótese o IDC deve ser deferido. Com efeito, considerações isoladas a respeito da morosidade das investigações ou do processo são insuficientes à federalização, devendo ser resolvidas no âmbito interno do Estado-membro, por exemplo, pelas vias correccionais e disciplinares.

Essas delimitações são vitais, por diversas razões. Em primeiro lugar, para preservar, ao máximo, a garantia do juiz natural. Em segundo, para evitar a hipertrofia da Justiça Federal. Em terceiro lugar, para evitar o esvaziamento da competência da Justiça Estadual. E, por fim, para não se banalizar o próprio instituto do IDC.

BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo. Juiz natural no processo penal. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014.

BORGES, Clara Maria Roman. O incidente de deslocamento de competência e o princípio do juiz natural. *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n.24 (jan./dez. 2005), p. 63-90.

BREGA FILHO, Vladimir. Federalização das violações de direitos humanos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 44, n. 175 (jul./set. 2007), p. 67-79.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao proceso penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem. *Revista de Informação Legislativa*, v. 45, n. 179 (jul./set. 2008), p. 165-178.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FERREIRA, Ana Fabíola de Azevedo. Federalização dos crimes graves contra os direitos humanos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 46, n. 184 (out./dez. 2009), p. 253-270.

MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. *O Juiz Natural no processo de execução penal*. Porto Alegre: Canal de Ciências Criminais, 2020.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. 7ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais : uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2º tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

OBRIGAÇÕES POSITIVAS EM MATÉRIA PENAL: EFEITOS E LIMITES DA JURISPRUDÊNCIA INTERAMERICANA EM CASO DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Carlos Gustavo Coelho de Andrade

RESUMO: Analisam-se as obrigações positivas em matéria penal e a doutrina do controle de convencionalidade reconhecidas pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cuja jurisdição o país se submeteu, a partir dos artigos 1º, 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Descrevem-se os fundamentos e a evolução da jurisprudência interamericana determinando o dever de investigar e promover a persecução de graves violações de direitos humanos e declarando incompatíveis com a CADH e desprovidas de efeitos as disposições de direito interno que acarretem impunidade destes fatos, inclusive de anistia, prescrição e coisa julgada. Em seguida, busca-se definir as hipóteses de compatibilidade desta jurisprudência com a normativa constitucional, seus efeitos possíveis e limites jurídicos.

PALAVRAS-CHAVES: Obrigações Positivas. Corte. Interamericana. CADH.

SUMÁRIO: 1. O sistema interamericano de direitos humanos, a jurisdição contenciosa e o controle de convencionalidade; 2. O dever de proteção judicial provendo recurso efetivo contra violações de direitos humanos (art. 25 CADH). Obrigações positivas em matéria penal; 3. A impunidade de violações de direitos humanos e o afastamento de disposições de anistia, prescrição e exculpantes de violações de direitos humanos na jurisprudência da Corte IDH; 3.1) A coisa julgada favorável ao réu; 4. Obrigações positivas e efeitos jurídicos internos da jurisprudência da Corte IDH. Análise Crítica. Limites constitucionais. Eficácia supralegal; 4.1 Da imprescritibilidade e vedação de anistia: irretroatividade da CADH e situações jurídicas já consolidadas. Aplicabilidade após a submissão à jurisdição da Corte IDH; 4.2 Da impossibilidade de superação *pro societate* da coisa julgada por simples violação da CADH ou surgimento de provas novas. 4.3 Da possibilidade de superação da coisa julgada inexistente ou fraudulenta (coação, fraude ou dolo); i) da sentença inexistente (falsificação ou venda de sentença); ii) da coisa julgada fraudulenta (processo viciado por anormalidade institucional, coação ou conluio); iii) Da atestada falsidade de prova fundamental (art. 621, II do CPP n/f arts 1º, 8º e 25 CADH); 4.4 Sistema de justiça criminal, celeridade e eficiência das investigações e do processo. A vítima e o processo penal; 4.5 Limites sobre causas de exclusão da ilicitude e exculpantes; 5. Conclusões.

1. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS, A JURISDIÇÃO CONTENCIOSA E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

Em 25 de setembro de 1992, o Brasil depositava a carta de adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica ou CADH) na sede

da Organização dos Estados Americanos (OEA), aderindo a um padrão mínimo de *respeito e garantia* aos direitos humanos, estabelecido pelo sistema interamericano de forma complementar à ordem jurídica interna. Posteriormente, em 10 de dezembro de 1998, depositou o reconhecimento da obrigatoriedade da jurisdição contenciosa da Corte da Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)¹⁴⁶⁰. A adesão do país a mecanismos de controle internacional demonstra compromisso sincero com a proteção dos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 33), que não pode se esgotar na ordem interna de cada Estado, como o exemplo histórico das atrocidades nazistas perpetradas com chancela do direito interno já o demonstrou (PIOVESAN, 2013, p. 285), evitando, ainda, que os tratados sejam firmados para fins retóricos (COMPARATO, 2006, p. 368; GARCIA, 2009, p. 51ss).

Diante do *status* supralegal atribuído pelo Supremo Tribunal Federal aos tratados e convenções de direitos humanos no julgamento do RE 466.343¹⁴⁶¹, a CADH e as decisões da Corte IDH (conforme art. 63.1 e art. 68.1 da Convenção)¹⁴⁶² têm força normativa superior a todo o ordenamento infraconstitucional, podendo e devendo a normativa interamericana ser aplicada diretamente pelos juízes locais, bem como inspirar a interpretação da lei interna.¹⁴⁶³

Por seu turno, além do dever de cumprir as decisões proferidas em seu desfavor, a submissão do país à jurisdição contenciosa da Corte IDH recomenda que se passe a

1460 A Corte IDH é constituída por sete juízes eleitos por períodos de seis anos, dispondo de competência consultiva (relativa à interpretação da Convenção e de tratados de direitos humanos) e contenciosa, de caráter jurisdicional, em que julga casos concretos em que se impute a violação da Convenção Americana por um país signatário. Esta última competência é facultativa, dependendo de aceitação expressa do Estado-parte, conforme artigos 52.1, 62.1, 63.1 e 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos: CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos: Art. 52.1 - A Corte compor-se-á de sete juízes, nacionais dos Estados membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos. (...) Art. 62.1 - Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. (...) Art. 63.1 - Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. (...) Art. 68.1 - Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. (...)”

1461 Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 466.343-1/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado 3 dezembro 2008. DJe 5 junho 2009.

1462 CADH - Art. 63.1 - Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. (...) CADH – Art. 68.1 - Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

1463 Vejam-se os acórdãos proferidos pelo STF no que tange às audiências de custódia, por exemplo: Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 5.240. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado 20 agosto 2015. DJe 01 setembro 2015, onde se lê: “1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legítima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADPF 347-MC. Min. Marco Aurélio. Julgado 09 setembro 2015. DJe 09 fevereiro 2016, afirmando: “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”.

observá-la mesmo nos julgados envolvendo outros Estados, valendo suas decisões (tanto na parte dispositiva quanto na fundamentação) como *res interpretata* acerca da norma convencional. Assim, urge-se sua observância, mesmo pelos Estados não envolvidos no processo, desde que não haja regra interna mais benéfica à proteção dos direitos humanos (FERRER MAC-GREGOR, 2013, p. 641-651 e 669-676; PIOVESAN, 2013, p. 156-157; RAMOS, 2015, p. 260-261).

Há um dever, pois, de *controle de convencionalidade* acerca da compatibilidade das decisões judiciais, atos legislativos e políticas públicas internas com a CADH, na medida em que a Convenção, na forma de sua interpretação pela Corte IDH, tem eficácia normativa superior. Como afirma Mazzuoli (2018, p. 35-44), a Corte IDH atribui primariamente aos juízes e autoridades nacionais o dever de compatibilizar as normas internas com os mandamentos dos tratados internacionais de direitos humanos, devendo analisar a compatibilidade vertical da norma interna com a CADH, à luz da jurisprudência interamericana e tendo como paradigma todo o *corpus iuris* internacional de proteção aplicável (texto normativo e jurisprudência), independentemente de solicitação das partes (*iura novit curia*).

Como assentado pela Corte IDH em *Almonacid Arellano e outros c. Chile*:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao ímpeto da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.¹⁴⁶⁴

Assim, disposições legais que não sejam compatíveis com a CADH seriam inválidas e o direito interno deveria ser interpretado de forma a que sua aplicação não violasse a CADH e a jurisprudência da Corte IDH¹⁴⁶⁵. Tais perspectivas ainda iriam ao encontro dos vetores trazidos pelo art. 4º, inciso II, e parágrafo único e art. 5º, §§1º a 4º, ambos da CRFB, e pelo art. 7º do ADCT, que determinam a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do país, a integração latino-americana, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a complementaridade entre a norma

1464 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid Arellano e outros c. Chile*, Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 26 setembro 2006, Série C nº 154, §124.

1465 Ambos e Böhm (2011, p. 245-251) anotam que fenômeno semelhante ocorre na Europa em decorrência da jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem, cujas decisões, ainda que em regra não pretendam ter efeitos normativos diretos no plano interno ou eficácia *erga omnes*, são usadas pelas Cortes nacionais para orientar e condicionar a interpretação de leis e mesmo de normas constitucionais, bem como a edição da legislação interna.

constitucional e a internacional na proteção dos direitos fundamentais e incentivam a participação do país em tribunais internacionais de direitos humanos.

2. O DEVER DE PROTEÇÃO JUDICIAL PROVENDO RECURSO EFETIVO CONTRA VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS (ART. 25 CADH). OBRIGAÇÕES POSITIVAS EM MATÉRIA PENAL.

Assentados o contexto e os pressupostos jurídicos, passa-se ao tema, qual seja, o direito à proteção judicial, previsto no art. 25 da CADH¹⁴⁶⁶, por meio do qual se assegura a todas as pessoas um recurso judicial simples, rápido e efetivo contra atos violadores de direitos humanos. A partir deste dispositivo e de sua conjugação com a norma do art. 8.1 da CADH¹⁴⁶⁷, que prevê o devido processo legal, e aquela do art. 1.1 da Convenção¹⁴⁶⁸, estabelecendo o dever dos Estados de respeitarem e garantirem o livre e pleno exercício dos direitos convencionais, a Corte IDH, de forma semelhante à Corte Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), reconheceu a existência de obrigações positivas por parte dos Estados, inclusive em matéria penal.

A construção espelhou, no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), a evolução do constitucionalismo do pós-guerra, decorrente da superação do paradigma do Estado Liberal de Direito, que enxergava os direitos fundamentais apenas como direitos de defesa em face do Estado, para o Estado Social e Democrático de Direito, reconhecedor de direitos fundamentais prestacionais a serem implementados através do Estado, que em vez de adversário passava à condição de guardião de direitos fundamentais, incidentes também de forma horizontal nas relações interindividuais (DONELLY, 2013, p. 35; MENDES, 2004, p. 6; PEREIRA, 2006, p. 443ss), sendo vedada sua proteção deficiente pelo Estado (BARROSO, 2013, p. 408; CANARIS, 2012, p. 122; FELDENS, 2005, p. 178 e 202-211; LUISI, 2003, p. 12-15; PALAZZO, 1989, p. 77; SARLET, 2004; STRECK, 2005, p. 171ss).

Assim, as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos reconhecem nas respectivas convenções o dever de os Estados não apenas *respeitarem* os direitos nela consagrados, abstendo-se de violá-los (obrigações negativas), mas também de *ga-*

1466 CADH – Art. 25- Proteção judicial: 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

1467 CADH - Art. 8º - Garantias judiciais: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (...)

1468 CADH – Art. 1º - Obrigação de respeitar direitos : Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (...)

ranti-los (obrigações positivas), adotando todas as disposições necessárias e razoáveis para torná-los efetivos (BÉZE, 2014, p. 72-74; PIOVESAN, 2013, p. 344). Dessa forma, exige-se que os Estados *garantam* os direitos humanos por meio de um “feixe de prestações normativas e fáticas” (ALEXY, 2014, p. 442, referindo-se aos direitos fundamentais prestacionais), já que seria inócua a previsão legislativa desacompanhada de sua implementação. Como consequência, impõe-se aos Estados o dever não apenas de configurar um sistema jurídico-normativo que promova a tutela de direitos fundamentais, mas também de concretamente fazer valer tais direitos na prática, provendo os serviços, inclusive judiciais, necessários à proteção dos direitos convencionais.

À guisa de exemplo, diante de indícios de ocorrência de atos de tortura ou execução extrajudicial, mais que um mero dever estatal de tipificar tais atos, a CADH traz a necessidade de que o Estado aja de forma diligente, investigando-os séria e adequadamente e promovendo a correlata persecução penal, de forma a assegurar efeito útil à norma convencional e conferir um recurso efetivo às vítimas e seus familiares. Dessa maneira, impõem-se aos países, por todos os seus órgãos, não só o dever de elaborar uma legislação suficientemente dissuasória de atos atentatórios às liberdades fundamentais, mas sobretudo a realização de diligente investigação e persecução penal destes fatos e, em sendo o caso, a imposição de sanção proporcional aos responsáveis (ALESSANDRI, 2005, p. 388; ANDRADE, 2019, p. 17; FELDENS, 2012, p. 103; FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 96-100; PIOVESAN, 2013, p. 425-426; SUIAMA, 2014, p. 305).¹⁴⁶⁹

Com efeito, Bestagno (2003, p.55) já constatava que na jurisprudência da Corte IDH a omissão estatal ilícita raramente se relacionava à proteção assegurada em abstrato pela lei interna. Ao revés, residia “no desenvolvimento de atividades instrutórias inadequadas em relação às exigências de tutela dos direitos fundamentais”, perquirindo a Corte IDH as medidas concretamente adotadas pelas autoridades de investigação e persecução penal em face de graves violações de direitos fundamentais, de ordem a examinar “o respeito ao dever de tratar os atos lesivos dos direitos fundamentais como ilícitos” e a eles responder no modo exigido pela Convenção Americana. Para tanto, a Corte IDH, assim como a CEDH, considera deverem os Estados agir diligentemente no sentido de combater tanto a impunidade normativa (limitações jurídicas explícitas à persecução e julgamento, como as decorrentes da incidência de causas de extinção da punibilidade, ou de exclusão da ilicitude ou culpabilidade) quanto a impunidade fática, isto é, a falta de concreta e adequada investigação e persecução penal, diante de graves violações de direitos humanos (SILVA-SÁNCHEZ, 2008, p. 150-158).

Dessa forma, a Convenção exige que cada país signatário proveja *recursos judiciais efetivos* às vítimas de violações de direitos humanos (art. 25 da CADH), garantindo-lhes

¹⁴⁶⁹ Veja-se que a necessidade de eficiência na apuração dos crimes já era postulada desde Beccaria (2000, p. 91-92), ao defender que a certeza ou probabilidade de aplicação da pena constituía freio maior ao impulso criminoso do que sua exasperação.

ampla participação na investigação e no processo, dentro do devido processo legal (art. 8.1) e cumprindo com a obrigação geral de *garantir* o livre e pleno exercício dos direitos humanos (art. 1.1), tutelando-os, inclusive através da previsão e aplicação do Direito Penal. Outrossim, a CADH exige que cada Estado promova as alterações legislativas necessárias para adequar o seu direito interno ao cumprimento da CADH (art. 2º)¹⁴⁷⁰, regulamentando mecanismos para tanto, o que não exclui a incidência imediata das obrigações convencionais no plano interno, decorrente da ratificação do tratado (QUIROGA, 2005, p. 252-253).

Por outro lado, como o dever consagrado no art. 25 da CADH, de o Estado prover medidas legais efetivas para a proteção de direitos humanos, constitui salvaguarda indispensável à proteção dos direitos humanos fundamentais contra a “arbitrária omissão em punir violações de direitos humanos” (VIGANÒ, 2011, p. 2.653-2.664, p. 2.703), não é ele passível de suspensão nem mesmo em estado de emergência, conforme art. 27.2, parte final, da CADH¹⁴⁷¹ e Opinião Consultiva nº 9/87 da Corte IDH,¹⁴⁷² constituindo um dos pilares da Convenção Americana (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 231).

Em síntese, a partir dos artigos 1.1, 8.1 e 25 da CADH a Corte IDH construiu firme e reiterada jurisprudência (GARCIA-SAYÁN, 2005, p. 335) considerando que os Estados incorriam em descumprimento da Convenção sempre que, seja por normas de direito interno ou pela omissão de investigação e persecução penal, deixassem de promover a responsabilização penal daqueles que tivessem cometido graves violações aos direitos humanos praticadas, toleradas ou permitidas pela ação, conivência ou passividade de agentes do Estado: o DIDH convida o intérprete, pois, a revisitar institutos do Direito Penal e Processual Penal, a partir de uma nova perspectiva, aquela da tutela dos direitos das vítimas de graves violações de direitos humanos (ALESSANDRI, 2005, p. 388).

Passa-se, então, ao exame das consequências jurídicas indicadas pela jurisprudência da Corte IDH diante de graves violações de direitos humanos e, em seguida, à análise de sua aplicabilidade no âmbito interno:

1470 Veja-se, p.ex., Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, 24 novembro 2010, Série C Nº 219, §172, em que a Corte dispôs que a aplicação da anistia: “afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o art. 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no art. 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o art. 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no art. 2º da Convenção Americana”.

1471 CADH – Art. 27 – Suspensão de garantias: (...) 2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

1472 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Garantias Judiciales em Estados de Emergência (art. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana de Derechos Humanos)*. Opinião Consultiva OC-9/87, 6 outubro 1987, Série A Nº 9.

3. A IMPUNIDADE DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS E O AFASTAMENTO DE DISPOSIÇÕES DE ANISTIA, PRESCRIÇÃO E EXCULPANTES DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

Em decorrência do dever de garantir os direitos previstos na CADH (art. 1.1) e de prover às vítimas de violações de direitos humanos um devido processo legal (art. 8.1) e um recurso efetivo (art. 25) que proteja seus direitos, a Corte IDH reconheceu na CADH, como assinalado, obrigações positivas em matéria penal aos Estados. Como corolário, não podem estes renunciar ao exercício do *ius puniendi* em casos de graves violações de direitos humanos, devendo agir diligentemente para evitar a propagação da impunidade, que propicia a repetição crônica das violações, a total vulnerabilidade das vítimas e seus familiares (ALESSANDRI, 2005, p. 388), a invisibilidade das lesões e a perpetuação do terror, da lei do silêncio e da resignação da população carente a não ter direitos (OPOTOW, 2002, p. 203).

Ainda que a Corte IDH não seja um tribunal penal, não buscando estabelecer a responsabilidade penal individual sobre fatos concretos, eventual declaração da responsabilidade internacional do Estado pela violação da CADH e a determinação de reparações e de cessação da impunidade, comumente presentes nas sentenças interamericanas (conforme art. 63.1 da CADH)¹⁴⁷³, repercutem também na ordem interna, na medida em que o país voluntariamente se submeteu à jurisdição da Corte e se comprometeu a cumprir seus julgados, que são vinculantes por disposição expressa do art. 68.1 da CADH¹⁴⁷⁴, vigente no país com força normativa supralegal.

As obrigações positivas de proteção penal aos direitos humanos podem ser classificadas em seis tipos: a de tipificar crimes, investigar, promover a persecução penal, garantir a participação da vítima, cooperar com outros Estados e estabelecer a jurisdição penal sobre o fato (SUIAMA, 2014, p. 305). Uma questão que se coloca com frequência é a da colisão da jurisprudência interamericana reconhecendo obrigações positivas em matéria penal com o estabelecimento de causas normativas de impunidade no âmbito do direito interno.

Com efeito, a Corte IDH considera incompatíveis com a CADH e, por via de consequência, inválidas e sem efeito, as disposições internas relativas a causas de extinção da punibilidade como a anistia, indulto, prescrição e decadência, e a exculpantes como a obediência devida (PIOVESAN, 2013, p. 358-359; PIOVESAN; FACHIN;

1473 CADH - Art. 63.1 - Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. (...)”

1474 CADH - Art. 68.1 - Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. (...)

MAZZUOLI, 2019, p. 245-250; MAZZUOLI, 2019, p. 163-170, 240-249, 577-610), determinando, a título de reparações, o afastamento de tais normas e a retomada das investigações e da persecução penal de graves violações de direitos humanos. Em *Chumbipuma Aguirre e outros (Barrios Altos) c. Peru*, a Corte IDH afirmou:

41. Esta Corte considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

42. A Corte, conforme o alegado pela Comissão e não controvertido pelo Estado, considera que as leis de anistia adotadas pelo Peru impediram que os familiares das vítimas e as vítimas sobreviventes no presente caso fossem ouvidas por um juiz, conforme o indicado no artigo 8.1 da Convenção; violaram o direito à proteção judicial, consagrado no artigo 25 da Convenção; impediram a investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos ocorridos em Barrios Altos, descumprindo o artigo 1.1 da Convenção; e obstruíram o esclarecimento dos fatos do caso. Finalmente, a adoção das leis de autoanistia, incompatíveis com a Convenção, descumpriu a obrigação de adequar o direito interno, consagrada no artigo 2 da mesma.

43. A Corte considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Partes têm o dever de tomar providências de todo tipo para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. É por isso que, quando adotam leis que tenham este efeito, como o caso das leis de autoanistia, os Estados Partes na Convenção incorrem na violação dos artigos 8 e 25, combinados com os artigos 1.1 e 2 da Convenção. As leis de autoanistia conduzem à vulnerabilidade das vítimas e à perpetuação da impunidade, motivo pelo qual são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana. Este tipo de lei impede a identificação dos indivíduos responsáveis por violações de direitos humanos, na medida em que obstaculiza a investigação e o acesso à justiça e impede as vítimas e seus familiares de conhecerem a verdade e de receberem a reparação correspondente.

44. Como consequência da manifesta incompatibilidade entre as leis de autoanistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem representar um obstáculo para a investigação dos fatos deste caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto em outros casos ocorridos no Peru relativos à violação dos direitos consagrados na Convenção Americana.¹⁴⁷⁵

Em sentença de interpretação do caso, a Corte IDH esclareceu que a decisão era válida não apenas para as execuções extrajudiciais referidas no caso específico (*Barrios Altos c. Peru*), mas tinha efeitos gerais, proibindo a aplicação de leis de autoanistia de

¹⁴⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Chumbipuma Aguirre e outros (Barrios Altos) c. Peru*. Mérito, 14 março 2001, Série C N° 75, §§ 41-44.

graves violações de direitos humanos no Peru, por violarem as obrigações positivas de investigação e persecução penal destes fatos.

Em seguida, no caso *Almonacid Arellano e outros c. Chile*¹⁴⁷⁶, a Corte IDH afastou não apenas a incidência de normas de anistia e prescrição, mas também determinou o afastamento de coisa julgada absolutória, em hipótese de homicídio praticado por agentes da repressão política chilena anteriormente à ratificação da CADH por aquele país. Semelhantes determinações foram feitas com relação ao Brasil, nas sentenças relativas aos casos *Gomes Lund e outros c. Brasil (Guerrilha do Araguaia)*¹⁴⁷⁷ e *Herzog e outros c. Brasil*¹⁴⁷⁸.

Observe-se, porém, que a jurisprudência da Corte IDH não se limita a situações de crimes de lesa humanidade (em que haveria um elemento contextual de uma política estatal de ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e em hipóteses de Justiça de Transição subsequente a regimes autoritários). Ao revés, faz uso do conceito mais amplo de *graves violações de direitos humanos* (DONDE MATUTE, 2011, 208-225; ZILLI; MONTECORADO; MOURA, 2011, p. 417-421), abrangendo também ilícitos praticados em regimes democráticos, relativamente a atos de tortura,¹⁴⁷⁹ maus tratos,¹⁴⁸⁰ execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias,¹⁴⁸¹ desaparecimento forçado,¹⁴⁸² submissão à condição análoga à de escravo,¹⁴⁸³ expulsão forçada da população civil¹⁴⁸⁴ e violência sexual ou de gênero¹⁴⁸⁵, levados a cabo por agentes

1476 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid Arellano e outros c. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 setembro 2006, Série C Nº 154, §154.

1477 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 novembro 2010, Série C Nº 219, §256.

1478 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Herzog e outros c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 março 2008, Série C Nº 353, §§230-232, 371-372.

1479 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez Soler c. Colômbia*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 12 setembro 2005, série C Nº 132, §§95-100.

1480 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Bulacio c. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 18 setembro 2003, Série C Nº 100, §§110-121; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ximenes Lopes c. Brasil*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 4 julho 2006, Série C Nº149; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Bueno Alves c. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 11 maio 2007, Série C Nº 164.

1481 Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Meninso de Rua*” (*Villagrán Morales e outros*) c. *Guatemala*. Mérito, Sentença de 19 novembro 1999, Série C Nº 63, §§228-238; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre de Mapiripán c. Colômbia*. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 setembro 2005, Série C Nº 134; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia*. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 janeiro 2006, Série C Nº 140; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre da Rochela c. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 11 maio 2007, Série C Nº 163; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Garibaldi c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 setembro 2009, Série C Nº 203; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez e família c. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 novembro 2013, Série C Nº 271.

1482 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Mérito, Sentença de 29 julho 1988, Série C Nº4.

1483 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacres de Ituango c. Colômbia*, Sentença de 1º julho 2006, Série C Nº 148, §§145-168; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C Nº 318.

1484 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia*, Sentença de 31 janeiro 2006, Série C Nº 140; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacres de Ituango c. Colômbia*, Sentença de 1º julho 2006, Série C Nº 148, §§177 e 204-224.

1485 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *González e outras ('Campo Algodonero') c. México*. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 novembro 2009, Série C Nº 205; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Favela Nova Brasília c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 fevereiro 2017, Série C Nº333.

públicos ou particulares em um contexto de macrocriminalidade propiciada pela participação ou omissão (seja por tolerância, conivência ou incapacidade) de agentes públicos em prevenir tais atos (ANDRADE, 2019, p. 200-244 e p. 349-352; MAZZUOLI, 2019, p. 7-14, 163-170, 213-215, 248-259, 284-289, 355-359, 426-430 e 577-611).

Assim é que reconheceu a imprescritibilidade e impossibilidade de óbice à investigação e persecução penal também nos casos “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) c. Guatemala¹⁴⁸⁶, relativo a chacina de menores de rua, em Bulacio c. Argentina,¹⁴⁸⁷ relativo a maus tratos, Gutiérrez Soler c. Colômbia¹⁴⁸⁸, relativo a tortura em sede policial e Massacres de Mapiripán¹⁴⁸⁹, Pueblo Bello¹⁴⁹⁰ e Ituango¹⁴⁹¹ c. Colômbia, relativos a execuções de camponeses promovidas por grupos armados particulares, bem como em Garibaldi c. Brasil¹⁴⁹², relativo a homicídio de camponês durante operação extrajudicial de expulsão de trabalhadores sem-terra que ocupavam uma fazenda, por um grupo de pessoas armadas encapuzadas, sem que se noticiasse nos últimos casos a participação de agentes públicos. De modo semelhante, em Gonzáles e outras (Campo Algodonero) c. México¹⁴⁹³, declarou que o país deveria remover “todos os obstáculos de jure ou de facto” que impeçam a devida investigação e processamento célere dos fatos (sequestro, estupro e homicídio), ligados um padrão reiterado de violência sexual e de gênero não adequadamente reprimido pelas autoridades mexicanas.

Nestes casos, a Corte IDH reconheceu a incompatibilidade com a CADH de disposições de prescrição, anistia, indulto, causas exculpantes e medidas que pretendam impedir a persecução penal ou suprimir os efeitos de uma sentença condenatória, já que o DIDH impõe a investigação e persecução penal de *graves violações de direitos humanos*, ainda que desconectados dos pressupostos de crimes de lesa-humanidade,¹⁴⁹⁴ tendo afastado tais óbices jurídicos à persecução penal mesmo com relação a fatos praticados por agentes privados.¹⁴⁹⁵

1486 Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Meninos de Rua” (Villagrán Morales e outros) c. Guatemala. Mérito, Sentença de 19 novembro 1999, Série C Nº 63, §§228-238.

1487 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Bulacio c. Argentina, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 18 setembro 2003, Série C Nº 100, §§110-121.

1488 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Gutiérrez Soler c. Colômbia, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 12 setembro 2005, série C Nº 132, §§95-100.

1489 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Massacre de Mapiripán c. Colômbia. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 setembro 2005, Série C Nº 134, §§111 e 304.

1490 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 janeiro 2006, Série C Nº 140, §§262-269.

1491 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Massacres de Ituango c. Colômbia, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1º julho 2006, Série C Nº 148, §402.

1492 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Garibaldi c. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 23 setembro 2009, Série C Nº 203.

1493 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Gonzáles e outras (‘Campo Algodoeiro’) c. México. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 novembro 2009, Série C Nº 205, §455.

1494 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Gutiérrez Soler c. Colômbia, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 12 setembro 2005, série C Nº 132, §§95-100.

1495 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Massacre de Mapiripán c. Colômbia, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 setembro 2005, Série C Nº 134, §§111 e 304; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença

O corolário da imprescritibilidade, todavia, não foi adjudicado em hipóteses que não foram classificadas como graves violações de direitos humanos, como caso de homicídio culposo decorrente de erro médico em hospital particular (*Albán Cornejo e outros c. Equador*)¹⁴⁹⁶ ou de violação do direito à intimidade decorrente de interceptação telefônica divulgada na mídia (*Escher e outros c. Brasil*)¹⁴⁹⁷, conquanto também aqui reconhecido o dever de investigar adequadamente os fatos e promover a persecução penal.

3.1) A COISA JULGADA FAVORÁVEL AO RÉU.

Por sua relevância teórica e prática, destaca-se a análise da jurisprudência interamericana no que tange à superação do óbice da coisa julgada favorável ao indivíduo em sede de graves violações de direitos humanos. Para a Corte IDH, a impunidade de violações de direitos humanos, ainda que fundada em coisa julgada absolutória, é contrária à CADH, devendo ser superada a *res judicata* nestas hipóteses.

Dessa forma, a jurisprudência interamericana relativiza a eficácia da coisa julgada, conjugando a norma do art. 8.4 da CADH (que veda nova persecução penal após o trânsito em julgado de sentença absolutória) com aquelas dos artigos 1º, 8º e art. 25 da Convenção, exigindo *respeito e garantia* dos direitos convencionais e um *recurso judicial efetivo* contra violações de direitos humanos¹⁴⁹⁸, tornando inválidas as normas internas em sentido contrário.

Consequentemente, para a Corte IDH o *ne bis in idem* não seria aplicável às coisas julgadas *fraudulentas*, isto é, àquelas oriundas de processo que: i) não teve a real intenção ou possibilidade de submeter o responsável à ação da Justiça (*Carpio Nicolle c. Guatemala*¹⁴⁹⁹ e *Almonacid Arellano c. Chile*¹⁵⁰⁰); ii) não tenha obedecido os padrões

de 31 janeiro 2006, Série C Nº 140, §113; Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Massacres de Ituango c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1º julho 2006, Série C Nº 148, §§129-138, relativos a execuções sumárias atribuídas a grupos paramilitares à margem da lei; Corte Interamericana de Direitos Humanos. *González e outras ('Campo Algodoeiro') c. México*. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 novembro 2009, Série C Nº 205, §§455 e 497-502; Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 outubro 2016, Série C Nº 318.

1496 Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Albán Cornejo y otros c. Ecuador*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 novembro 2007, Série C Nº 171.

1497 Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Escher e outros c. Brasil*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte de 19 junho 2012, §§ 17-21.

1498 CADH, art. 8.4 – “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Veja-se que em Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gutiérrez e família c. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 novembro 2013, Série C Nº 271, §§128-134 e 154, p.ex., a Corte IDH considerou que o art. 8.4 se inseria no marco das normas relativas ao processo justo e ao devido processo legal, devendo ser interpretada em harmonia com as demais disposições do capítulo, que exigem também uma devida diligência investigatória, persecutória e de processamento de violações de direitos humanos (§128), o que reputou ausente no caso, pelo que “consequentemente, tampouco se produziu sentença firme” (§129), tendo determinado a “remoção de todos os obstáculos de facto e de jure” que impeçam a devida investigação dos fatos nos respectivos processos (§ 154).

1499 Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Carpio Nicolle e outros c. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 novembro 2004, Série C Nº 117, §§ 131-135.

1500 Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 setembro 2006, Série C nº 154, §154.

de investigação e instrução internacionalmente exigíveis (*Gutiérrez e família c. Argentina*)¹⁵⁰¹ ou esteja em desconformidade com os parâmetros interamericanos (*Gutiérrez Soler c. Colômbia*)¹⁵⁰². Em tais casos, não haveria, para a Corte IDH, a formação de coisa julgada, diante do dever convencional de se investigar, processar e punir os responsáveis por graves violações de direitos humanos, afastando a arguição de coisa julgada fundada no direito interno ou no art. 8.4 da CADH.

Ademais, mesmo que o julgamento tenha se desenvolvido em conformidade com os parâmetros interamericanos, isto é, com adequada e eficiente investigação e persecução, com ampla participação das vítimas e/ou familiares em todas as etapas processuais e pré-processuais e com real intenção judicial de submeter o responsável à ação da Justiça, considera a Corte IDH que *sempre que apareçam novos fatos ou provas* que permitam a determinação dos responsáveis por violações de direitos humanos as investigações podem ser reabertas, “inclusive se existir uma sentença absolutória com qualidade de coisa julgada, posto que as exigências da justiça, os direitos das vítimas e a letra e o espírito da Convenção Americana afastam a proteção do *ne bis in idem*” (*Almonacid Arellano c. Chile*)¹⁵⁰³.

Veja-se que se neste caso havia hipótese de crime contra a humanidade, nos demais casos não se referiu a tal conceito, prescindindo-se do elemento contextual de ataque generalizado e sistemático contra a população civil. *Carpio Nicolle c. Guatemala*¹⁵⁰⁴ versava sobre assassinato com motivação política, *Gutiérrez Soler c. Colômbia*¹⁵⁰⁵ sobre tortura em unidade policial colombiana e *Gutiérrez e família c. Argentina*¹⁵⁰⁶ sobre homicídio praticado *contra policial* que investigava esquema de corrupção. No caso do Massacre da Rochela c. Colômbia, relativo à execução por paramilitares *de servidores ligados à administração da Justiça*, a Corte aduziu que:

197. “Asimismo, es necesario señalar que el principio de cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia. Por otro lado, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esas graves violaciones a los derechos humanos pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada”¹⁵⁰⁷

1501 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez e família c. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 novembro 2013, Série C Nº 271, §§ 128-134 e 154.

1502 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez Soler c. Colômbia*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 12 setembro 2005, série C Nº 132, §§95-100.

1503 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Almonacid Arellano y otros c. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 setembro 2006, Série C nº 154, §154.

1504 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Carpio Nicolle e outros c. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 22 novembro 2004, Série C Nº 117.

1505 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez Soler c. Colômbia*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 12 setembro 2005, série C Nº 132, §§95-100.

1506 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gutiérrez e família c. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 novembro 2013, Série C Nº 271, §§ 128-134 e 154.

1507 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Massacre da Rochela c. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 11 maio 2007, Série C Nº 163, §197.

Em síntese, a Corte IDH afirma que a CADH *exige* a desconsideração, em detrimento de réu processado por graves violações de direitos humanos, de coisa julgada absolutória ou *pro reo*: i) constituída em desconformidade com os *standards* interamericanos (de investigação e persecução eficiente, de ampla participação da vítima e/ou familiares em todas suas etapas e por juízo *imparcial* e independente; ii) se aparecerem novos fatos ou novas provas que permitam a determinação dos responsáveis por violações de direitos humanos.

A interpretação concedida pela Corte IDH à norma convencional é de aplicação obrigatória aos países que tenham se submetido à jurisdição contenciosa da Corte, tal qual o Brasil para fatos posteriores a 10.12.1998, diante do teor do art. 68.1 da CADH, por todos seus Poderes, órgãos e entes federados. Há, pois, aparente conflito entre a normativa convencional interpretada pela Corte IDH e a lei processual brasileira.

É preciso, pois, refletir sobre os efeitos e limites da aplicação da CADH e da jurisprudência da Corte IDH sobre o instituto da coisa julgada no Direito brasileiro.

4. OBRIGAÇÕES POSITIVAS E EFEITOS JURÍDICOS INTERNOS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH. ANÁLISE CRÍTICA. LIMITES CONSTITUCIONAIS. EFICÁCIA SUPRALEGAL.

Respeitável setor da doutrina tece fortes críticas à jurisprudência interamericana, seja por reputarem-na fruto de uma *cultura punitivista* que desconsideraria o princípio da subsidiariedade penal, se aproximaria do direito penal do inimigo e seria inovadora diante do texto convencional (GOMES, 2018, p. 338-347; MALARINO, 2010, p. 25-45; PASTOR, 2009, p. 240-299), seja porque, ao contrário da CEDH, se imiscuiria de forma muito específica nos ordenamentos internos (MALARINO, 2010, p. 49-61), determinando a não aplicação e revogação de normas legais e até mesmo constitucionais, a construção de memoriais às vítimas e até mesmo a renovação de julgamentos penais absolutórios. Em comparação, a CEDH, ainda que disponha de jurisprudência similar no que tange ao reconhecimento de obrigações positivas em matéria penal, limita-se a declarar violada a Convenção Europeia, fixar reparação em favor das vítimas e a instar os países a sanar o ilícito, concedendo-lhes certa margem de apreciação, até porque não incumbe à Corte, mas a outro órgão (o Comitê de Ministros do Conselho da Europa) fiscalizar e deliberar sobre o cumprimento das sentenças da CEDH (ANDRADE, 2019, p.248-249; PAONESSA, 2009, p. 186-188).

Contudo, não se pode rejeitar a jurisprudência da Corte IDH apenas por reputá-la inovadora com relação ao texto da CADH como propõe Malarino (2010, p. 27-35), recusando a obrigação de controle de convencionalidade e defendendo uma completa separação das esferas internacional e nacional (MALARINO, 2010, p. 49-61; 2012, p. 73-94). Se é possível concordar-se que em alguns julgados a Corte IDH incide

em excessos, notadamente ao determinar a desconsideração de normas constitucionais, tendo-as como mero fato, fora destes casos, aptos a serem corrigidos pela jurisdição constitucional, não se pode simplesmente negar efeitos internos à jurisprudência interamericana. Haveria nítida violação da boa-fé exigida pelo Direito Internacional e intolerável ruptura ética se um Estado mantivesse no plano internacional sua submissão à jurisdição contenciosa da Corte IDH e, simultaneamente, negasse quaisquer efeitos internos às suas decisões.

É preciso, assim, outorgar todos os efeitos constitucionalmente possíveis às disposições convencionais e à jurisprudência da Corte IDH, que gozam no plano interno, como reconhecido pelo STF, de eficácia normativa supralegal. De outro lado, sem embargo de a Corte IDH considerar, com forte apoio da doutrina internacionalista (c. CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 52-57; MAZZUOLI, 2015, p. 406-412; PIOVESAN, 2011, p. 233-234), que as normas convencionais e sua jurisprudência prevalecem sobre *todo* o ordenamento interno, inclusive o constitucional, tal interpretação não se compatibiliza com a CRFB, pois ensejaria a outorga de poder ilimitável à Corte interamericana para, esclarecendo e definindo o conteúdo da CADH, construir e reconhecer normas que, sendo supraconstitucionais, prevaleceriam sobre a Constituição, alterando-a sem observância das formalidades e limites trazidos pela Carta Constitucional (art. 60 e §§).

Com efeito, entender que a CADH ou a Corte IDH poderiam determinar a revogação¹⁵⁰⁸ ou desconsideração¹⁵⁰⁹ de normas constitucionais, a celebração de novos tratados ou a tipificação interna de delitos¹⁵¹⁰ acarretaria a violação de um conteúdo mínimo de soberania nacional e o desprezo dos limites de reforma constitucional (FRIEDE, 2018, p. 364 e 375-382; *mutatis mutandi*, CANOTILHO, 1993, p. 904, sobre as normas comunitárias europeias), o que seria nulo tanto no plano nacional (pela afronta à Constituição, arts. 1º, I, 4º, I e art. 60 e §§) como no plano internacional (cf. art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, diante da falta de legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo para firmar acordo que ensejasse renúncia à jurisdição constitucional (ANDRADE, 2019, p. 331-348 e 406-412). Por razões semelhantes, a Suprema Corte uruguaia se recusou a abster-se de julgar a constitucionalidade da lei 18.831/2011, editada a fim de dar cumprimento à sentença da Corte IDH no caso *Gelman c. Uruguai*¹⁵¹¹,

1508 Veja-se que a Corte IDH já determinou a revogação de norma constitucional a país signatário cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *A última tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) c. Chile*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 fevereiro 2001, Série C Nº 73, §§ 83 a 90 e 103.4.

1509 Como nos casos assinalados de afastamento de coisa julgada ou da irretroatividade da lei penal, por todos c. *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 novembro 2010, Série C Nº 219; Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gelman c. Uruguai*. Mérito e Reparações, Sentença de 24 fevereiro 2011, Série C Nº 221; Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gutiérrez e família c. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 novembro 2013, Série C Nº 271, §§128-134 e 154.

1510 Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Chumbipuma Aguirre e outros (Barrios Altos) c. Peru*. Mérito, Sentença de 14 março 2001, Série C Nº 75, §50.5.c; Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 novembro 2010, Série C Nº 219, §§ 287 e 325.15.

1511 Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gelman c. Uruguai*. Mérito e Reparações, Sentença de 24 fevereiro 2011, Série C Nº 221.

que considerava imprescritíveis delitos decorrentes de terrorismo de estado praticados até 01.03.1985 e de forma retroativa determinava que não se computassem lapsos prescricionais já decorridos. A Suprema Corte uruguaia considerou que mesmo que naquele país as convenções de direitos humanos tenham força constitucional, o controle de constitucionalidade de leis no âmbito interno era seu dever irrenunciável, na qualidade de intérprete última da Constituição, tendo reputado inconstitucionais os dispositivos, por violarem a proibição constitucional de retroatividade da lei penal mais gravosa (ANDRADE, 2019, p. 186-191; VERVAELE, 2013, p. 3-36).

Como anotam Canotilho (1993, p. 904) e Paonessa (2009, p. 280-283), com relação às normas comunitárias em Portugal e na Alemanha, toda cessão de soberania em favor de organismo internacional não pode comportar uma abdicação da identidade constitucional nem uma transferência da competência sobre a competência. De forma similar, afirma Gil Gil (2013, p. 277-302, com relação às decisões da CEDH), caber aos Estados buscarem no ordenamento interno (aí incluídas as convenções de direitos humanos ratificadas) a possibilidade de que este seja interpretado de modo a cumprir com os efeitos pretendidos pelo tribunal internacional.

Dessa maneira, a força normativa da CADH e da correlata jurisprudência da Corte IDH se submete, para fins internos, às possibilidades constitucionais de seu cumprimento bem como às reservas que o país houver feito ao texto da Convenção e à jurisdição interamericana. Veja-se que não se poderá arguir violação ao *pacta sunt servanda*, eis que mesmo no plano internacional seria inválida disposição pela qual o Estado brasileiro renunciasse à jurisdição constitucional, na forma do art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados,¹⁵¹² diante da falta de legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo para firmar acordo que ensejasse renúncia à função primeira do Poder Judiciário, qual seja, a defesa da Constituição.

De qualquer sorte, são vastos os efeitos jurídicos internos da jurisprudência interamericana sobre obrigações positivas de tutela penal, dispondo de supremacia frente a todo o ordenamento infraconstitucional e obrigatoriedade a todos os órgãos estatais. Assim, criam-se deveres processuais e prestacionais, obsta-se a incidência de causas de extinção da punibilidade contrárias à CADH e condiciona-se a interpretação do ordenamento infraconstitucional. Existe, ainda, a possibilidade de incidência indireta da jurisprudência interamericana na interpretação constitucional, por meio de um diálogo de Cortes e pelos vetores dos artigos 1º, II, 4º, II, 5º, §§1º e 2º, da CRFB e art. 7º do ADCT, de modo similar ao que ocorre na Alemanha, como anotam Ambos e Böhm (2011, p. 49).

1512 Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, ratificada em 25 setembro 2009. Promulgada pelo Decreto nº 7.030, de 14 dezembro 2009. Artigo 46 - Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados: 1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.

Em suma, defende-se que a força normativa desta jurisprudência – interpretativa da CADH – ao menos para fins internos, seja aquela outorgada pelo STF aos tratados internacionais de direitos humanos a partir do julgamento do RE 466.343, isto é, supralegal, mas infraconstitucional, na forma exigida pelos artigos 1º, I, 4º, I, e 60, §§1º a 4º da CRFB e permitida pelo art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

4.1 DA IMPRESCRITIBILIDADE E VEDAÇÃO DE ANISTIA: IRRETROATIVIDADE DA CADH E SITUAÇÕES JURÍDICAS JÁ CONSOLIDADAS. APLICABILIDADE APÓS A SUBMISSÃO À JURISDIÇÃO DA CORTE IDH.

Verificou-se que a Corte IDH, diante da necessidade de os Estados garantirem a observância dos direitos convencionais (art. 1.1 da CADH), assegurarem o devido processo legal e um recurso efetivo às vítimas de violações de direitos humanos (art. 8.1 e art. 25 da CADH), reconheceu, de forma análoga à CEDH, que as disposições de prescrição e anistia não podem ser aplicadas diante de graves violações de direitos humanos, por força da normativa interamericana.

Tais consequências jurídicas prevalecem sobre a normativa infraconstitucional interna e são compatíveis com o ordenamento constitucional, sendo válidas e eficazes para fatos ocorridos após o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte IDH pelo Brasil, em 10.12.1998, diante do caráter evolutivo da interpretação do texto convencional, e da regra constitucional de irretroatividade da norma penal mais gravosa. Assim, a partir de 10.12.1998, crimes que encerrem graves violações de direitos humanos não são mais sujeitos à incidência da prescrição, diante dos artigos 1.1, 8.1, 25 e 68.1 da CADH e da jurisprudência da Corte IDH (ANDRADE, 2019, 396-398).

De forma semelhante, defende-se que normas concessivas de anistia ou de indulto relativamente a graves violações de direitos humanos praticadas após 10.12.1998 não podem ser aplicadas no país, diante da superioridade normativa da CADH sobre aquelas, vedando que promovam a impunidade destes fatos. Diante da irretroatividade constitucional da lei penal mais gravosa (art. 5º, XL, da CRFB), e de expressa reserva feita pelo país quando de sua submissão à jurisdição contenciosa da Corte IDH, esta jurisprudência interamericana não lograria efeitos internos sobre fatos anteriores, como defendem Andrade (2019, p. 409-415) e Gomes (2018, p. 298-304 e p. 313-318). Contudo, isto não impediria eventual discussão acerca da impossibilidade de incidência de prescrição ou anistia dos crimes praticados durante a ditadura militar com base no *ius cogens* internacional, nem a perseguição de eventuais crimes permanentes, cuja execução ainda se protraia no tempo, como, em tese, poderia ocorrer com os desaparecimentos forçados (sequestro e ocultação de cadáver).

Não há se falar, por fim, na possibilidade ampla de incidência das normas infraconstitucionais de prescrição, anistia ou indulto em razão da aplicação do princípio da complementariedade (art. 29 da CADH)¹⁵¹³, como propõem Gomes (2018, p. 351-357) e Kibrit (2018, p. 161-179), na medida em que a firme jurisprudência da Corte IDH, interpretando tal norma, aplica o princípio *pro homine* em favor das vítimas de violações de direitos humanos (e não dos acusados de os terem violado), conforme anotam Cançado Trindade (1999, p. 10), Mazzuoli (2015, p. 914-915) e Piovesan (2013, p. 156-157), buscando sempre a norma que mais as ampare e minimize sua vulnerabilidade, determinando expressamente a Corte interamericana o afastamento das disposições internas que promovam a impunidade de graves violações de direitos humanos.

4.2 DA IMPOSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO PRO SOCIETATE DA COISA JULGADA POR SIMPLES VIOLAÇÃO DA CADH OU SURGIMENTO DE PROVAS NOVAS

De modo similar, ainda que contornáveis os óbices infraconstitucionais, como a regulamentação processual da exceção de coisa julgada e a inexistência de previsão no CPP para a revisão criminal *pro societate*, a CADH não teria eficácia normativa para superar a previsão constitucional de respeito à coisa julgada, como garantia individual (ANDRADE, 2019, p. 406-412; SILVA-SÁNCHEZ, 2008, p. 158).

Contudo, não constituiria violação da garantia da coisa julgada a alteração infraconstitucional das hipóteses de revisão criminal, salvo quando violado o *conteúdo essencial* da garantia constitucional.¹⁵¹⁴ Assim, poderia a CADH dispor sobre a regulamentação da coisa julgada, gozando de eficácia superior ao CPP, ou influir em sua interpretação, desde que não esvaziasse o instituto, violando a norma constitucional. Passa-se, então, a refletir sobre a eventual compatibilidade das hipóteses de superação de coisa julgada preconizadas pela Corte IDH com a CRFB.

Desde logo é de se advertir que não se considera haver compatibilidade da superação do óbice da coisa julgada *na extensão preconizada* pela Corte IDH com o orde-

1513 Art. 29 – Normas de interpretação:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

1514 Veja-se que mesmo Silva Sánchez, forte opositor das obrigações positivas em matéria penal, afirma (2008, p.158) que a jurisprudência da Corte IDH de superação da coisa julgada em hipótese de violações de direitos humanos apenas ofende a garantia do *non bis in idem* quando o novo julgamento seja determinado tão-só pelo surgimento de novas provas. Assim, caso o julgamento inicial favorável ao réu fosse decorrente de prevaricação ou contivesse vícios processuais determinando sua nulidade, a revisão da coisa julgada em detrimento do réu não ofenderia o *non bis in idem*.

namento constitucional brasileiro, o qual deve preponderar sobre a CADH e a jurisprudência interamericana. Em consequência, não se faz constitucionalmente viável a superação da garantia da coisa julgada favorável ao réu em decorrência da mera contrariedade à lei (e à CADH) ou à prova dos autos, por mera insuficiência da investigação ou persecução ou falta de participação das vítimas, sendo *vedada a eterna reavaliação da legalidade e da legitimidade da sentença absolutória* transitada em julgado, a violar o núcleo essencial constitucional da garantia da coisa julgada.

De forma semelhante, sustenta-se que o mero surgimento de novas provas que viabilizassem a condenação (hipótese reversa do inciso III do art. 623, do CPP) não deveria ensejar a desconstituição da coisa julgada em detrimento do réu, sob pena de se obstar a paz social desejada pela Constituição diante de coisa julgada regularmente formada, ainda que ao custo da impunidade de violações de direitos humanos.

O tema certamente é espinhoso, tendo o Tribunal Constitucional colombiano chegado à conclusão diversa, analisando ação constitucional que questionava a violação da CADH, da jurisprudência da Corte IDH e de direitos fundamentais pela norma processual que vedava a revisão criminal *pro societate*. O tribunal, por meio da sentença C-004/2003, passou a admitir a possibilidade ampla de revisão criminal *pro societate*, nos termos da jurisprudência interamericana, sempre que se verificasse grave descumprimento do dever estatal de investigar de maneira séria e imparcial fatos que constituam violações de direitos humanos ou, ainda, diante do surgimento de prova nova relativamente a tais hipóteses:

“Es posible entonces establecer limitaciones al derecho al non bis in ídem a fin de desarrollar otros valores y derechos constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia. Ahora bien, los derechos de las víctimas de los hechos punibles y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr un orden justo son obviamente los valores constitucionales que pueden claramente colisionar con el non bis in ídem, y que pueden entonces autorizar, o incluso, exigir una limitación de esa garantía constitucional del procesado.

(...)

La impunidad de las violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario es más grave, cuando el Estado ha incumplido en forma protuberante con sus deberes de investigar y sancionar seriamente esos delitos. En esos eventos, la preponderancia de los derechos de las víctimas y de la búsqueda de un orden justo sobre la seguridad jurídica y el non bis in ídem es aún más evidente, por las siguientes dos razones: De un lado, para las víctimas y los perjudicados por una violación a los derechos humanos, la situación resulta aún más intolerable, pues su dignidad humana es vulnerada en cierta medida doblemente, ya que esas personas no sólo fueron lesionadas por un comportamiento atroz sino que, además, deben soportar la indiferencia del Estado, quien incumple en forma protuberante con su obligación de esclarecer esos actos, sancionar a los responsables y reparar a los afectados.

(...)

En tratándose de violaciones a los derechos humanos y de infracciones graves al derecho internacional humanitario, dichas restricciones se tornan inconstitucionales, y por ello debe entenderse que frente a esos comportamientos, la acción de revisión por la aparición de un hecho nuevo o de una prueba no conocida al tiempo de los debates, procede también en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, con el fin de evitar la impunidad de esos comportamientos atroces y poder esclarecer la verdadera responsabilidad de los procesados. Con el fin de amparar la seguridad jurídica y el non bis in ídem, debe existir un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, que constaten la existencia de ese hecho nuevo o de esa prueba no conocida al tiempo de los debates.

(...)

En los eventos de violaciones a los derechos humanos y violaciones graves a los derechos humanos, incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, la acción de revisión procede frente a la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria, siempre y cuando una decisión judicial interna, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por nuestro país, constaten un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar, en forma seria e imparcial, las mencionadas violaciones. Esa decisión judicial interna o de una instancia internacional de supervisión de derechos humanos que constata la omisión del deber estatal de impartir justicia es entonces el elemento que justifica dejar sin efecto la decisión absolutoria que había hecho formalmente tránsito a cosa juzgada, pues pone en evidencia que la cosa juzgada era en realidad aparente”.¹⁵¹⁵

É preciso salientar que a Constituição colombiana insere a CADH e o Direito Internacional dos Direitos Humanos no bloco de constitucionalidade, de modo que, ao contrário do Brasil, a norma convencional (e sua interpretação pela Corte IDH) dispõe de força constitucional e é apta a condicionar a interpretação e ponderação de valores constitucionais.¹⁵¹⁶ Não sendo este o quadro brasileiro, defendendo-se uma primazia da norma constitucional sobre aquela convencional diante do texto da CRFB (art. 1º, I, 4º, I, e 60, *caput* e §§), não nos parece possa a CADH esvaziar o conteúdo essencial da garantia constitucional da coisa julgada.

Não seria lícito, pois, a revisão de sentenças transitadas em julgadas, em detrimento do réu, para mera rediscussão da convencionalidade, legalidade ou legitimidade

1515 Corte Constitucional da Colômbia, *Sentença C 004/2003*, 20 janeiro 2003. Inteiro teor disponível em: < <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-004-03.htm>>. Acesso em 4fev2020. O Tribunal salientou, ainda, ser constitucional a restrição à revisão criminal *pro societate* nos demais casos, diante da margem de discricionariedade do legislador para conciliar os valores da segurança jurídica e justiça quando não se tratar de violação de direitos humanos e, nos casos admitidos de revisão *pro societate*, limitou sua legitimidade à *Procuraduría* (órgão *custos legis* e fiscal da administração pública) e à *Fiscalía* (órgão acusatório) (APONTE, 2013, p. 172).

1516 Para detalhada descrição do quadro constitucional colombiano frente às decisões do Tribunal Constitucional e da Corte IDH, vide Legale (2019, p. 181).

do processo ou sentença e da eficiência da investigação, ou para se proceder a reanálise do quadro probatório diante de nova evidência, diante da proteção constitucional à coisa julgada. Sem embargo, considera-se haver situações excepcionais que não estão albergadas dentro do conceito constitucionalmente protegido de coisa julgada, em que, ao menos em se tratando de violações de direitos humanos, seriam aplicáveis as normas dos artigos 1.1, 8.1 e 25 da CADH e a respectiva jurisprudência da Corte IDH, permitindo-se a revisão criminal também em detrimento do réu. Vejamos:

4.3 DA POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DA COISA JULGADA INEXISTENTE OU FRAUDULENTA (COAÇÃO, FRAUDE OU DOLO)

I) DA SENTENÇA INEXISTENTE (FALSIFICAÇÃO OU VENDA DE SENTENÇA)

A primeira hipótese é aquela em que a sentença transitada em julgada, a rigor, não encerra conteúdo jurisdicional, mas sim é objeto material de crime de falsidade material ou ideológica (e exaurimento de crimes de corrupção passiva ou concussão), tratando-se de ato jurídico inexistente.

Ora, o ato de alguém que se traveste de juiz, falsifica a assinatura de magistrado ou obtém sua assinatura eletrônica e elabora e assina decisões sem autorização ou supervisão do magistrado não é sentença, mas documento falso, tratando-se de decisão inexistente. Da mesma maneira, o ato de magistrado que, em vez de proferir sentença no exercício da função jurisdicional estatal *vende* o teor de uma decisão, é mero objeto material de crime de falsidade ideológica e, possivelmente, exaurimento de corrupção passiva, concussão ou prevaricação, não resultando do exercício da jurisdição e não produzindo qualquer efeito jurídico, senão para formar justa causa para a persecução penal em face do magistrado corrompido.

Nestes casos, têm-se sentença *inexistente*, ou em verdade *simulacro de sentença*, ou *documento travestido da forma de sentença, mas sem conteúdo jurisdicional*, seja porque não emanado de magistrado (ou sob sua supervisão), seja porque emanado de magistrado que ao proferi-la não está exercendo a jurisdição estatal, mas praticando crimes de falsidade ideológica, corrupção passiva, concussão e/ou prevaricação. Em qualquer hipótese, não há *sentença* a ser coberta pelo manto da coisa julgada, *mas documento falsificado*, encerrando ato jurídico *inexistente*, que não impede a persecução penal sobre os fatos versados no processo original, desde que comprovada a falsidade (podendo tal circunstância ser declarada tanto na sentença do processo-crime em razão do falso, prescindindo-se do ajuizamento de revisão criminal neste caso diante da inexistência de coisa julgada, quanto, em sua ausência, em revisão criminal para declarar tal circunstância).

II) DA COISA JULGADA FRAUDULENTA (PROCESSO VICIADO POR ANORMALIDADE INSTITUCIONAL, COAÇÃO OU CONLUÍO)

A segunda hipótese é aquela em que a sentença é fruto de processo viciado por situação de anormalidade institucional-constitucional ou decorre de coação ou extorsão praticadas contra magistrados ou membros do Ministério Público ou ainda de fraude ou conluio envolvendo as partes processuais, situações em que não havia a real possibilidade ou intenção de submeter responsáveis por graves violações de direitos humanos à ação da Justiça, sendo os atos processuais deliberadamente dirigidos à extinção da punibilidade, à absolvição ou a beneficiar sua situação jurídica.

Não haverá de se confundir tal hipótese com a formação de *opinio* ministerial favorável aos réus, nem de convicção judicial a seu favor, sendo reservada para casos excepcionais em que a sentença seja decorrente da perda da independência judicial ou ministerial decorrente de ruptura institucional ou coação física ou moral às atividades de jurisdição e persecução penal ou em que se constate conluio ou colusão entre réus e membros do MP, tornando viciada a jurisdição pela coação ou fraude.

Uma sentença absolutória advinda de imposição autoritária, de coação, chantagem ou fraude, ao menos em se tratando de grave violação de direitos humanos não produzirá efeitos absolutos de coisa julgada imutável, podendo ser rescindida ainda que em detrimento dos acusados, diante da clara jurisprudência da Corte IDH a respeito exigindo sua superação, em obediência à norma convencional, bem como da inexistência de óbice constitucional. O mesmo com relação à sentença que decorra de veredito do Tribunal do Júri que padeça de tais vícios, ou na qual o magistrado tenha sido induzido a erro por manifestação ministerial que padecesse destes vícios (coação ou colusão). Parece razoável afirmar que a garantia constitucional da coisa julgada não abrange (ao menos não de forma absoluta) decisões que padeçam de vícios extrínsecos ao processo que diretamente condicionem ou turvem a prestação jurisdicional. Aqui, a sentença não é decisão jurídica livre, de magistrado imparcial e independente, no âmbito do devido processo legal e do Estado de Direito, mas fruto de violência, coação ou fraude.

Como corolário, em se tratando de graves violações de direitos humanos, diante da clara jurisprudência da Corte IDH exigindo sua superação em obediência à norma convencional sempre que não houvesse real possibilidade ou intenção de submeter os responsáveis à ação da Justiça (por anormalidade institucional, coação, ou fraude/colusão) poderá a coisa julgada ser rescindida ainda que em detrimento dos acusados nestes casos, com base na CADH.

III) DA ATESTADA FALSIDADE DE PROVA FUNDAMENTAL (ART. 621, II DO CPP N/F ARTS 1º, 8º E 25 CADH)

Por fim, uma sentença absolutória decorrente de erro ao qual foi deliberadamente induzido o Juízo ou o órgão ministerial tampouco nos parece abrangida dentro do conceito *constitucionalmente* protegido de coisa julgada, sendo passível de revisão, ao menos quando se tratar de grave violação de direitos humanos.

Pense-se em sentença ancorada fundamentalmente em prova cuja falsidade material ou ideológica seja supervenientemente demonstrada, como no caso de perícias e laudos falsificados ou adulterados e de testemunha corrompida ou coagida. Aqui seria possível a rescisão da coisa julgada através de ação própria, com natureza de revisão criminal *pro societate*, interpretando-se o art. 621, II, do CPP à luz da CADH, demonstrando-se a falsidade da prova pericial, documental ou testemunhal no qual se fundou a sentença favorável ao réu transitada em julgado. Tal demanda exigiria justa causa (elementos suficientes que indiciem a falsidade da prova essencial), apurada em feito próprio ou a ser demonstrada na própria revisão criminal, vedada em qualquer caso a mera reavaliação probatória na ausência de fato novo a demonstrar a falsidade da prova essencial na qual se fundou a sentença. Não seria permissível, pois, a eterna rediscussão do mérito de depoimentos ou documentos na ausência de novos elementos de convicção que demonstrem falsificação de laudos e coação ou corrupção de peritos, testemunhas e informantes, mas uma vez constatada a falsidade material ou ideológica de prova essencial no qual se fundou a sentença absolutória, permitir-se-ia sua revisão *pro societate*, em caso de grave violações de direitos humanos.

Nas três hipóteses ora propostas há vícios de tal gravidade que tornam inexistente ou fraudulenta a coisa julgada absolutória obtida mediante falsidade, coação, conluio ou dolo, sendo possível o manejo de revisão criminal *pro societate* com fulcro nos arts. 1.1, 8.1 e 25 da CADH, caso se trate de hipótese de grave violação de direitos humanos, cabendo o ônus desta prova ao Ministério Público.

Indaga-se: seria mesmo inconstitucional superar ou rescindir uma absolvição comprovadamente fundada em corrupção de magistrado ou membro do Ministério Público, em coação institucional ou pessoal contra magistrados e promotores, em conluio entre as partes, em laudo falsificado ou emitido por perito corrompido ou coagido, ou em testemunhos coagidos ou corrompidos, permitindo-se a impunidade de graves violações de direitos humanos cujos autores ainda tenham sido beneficiados por tais expedientes escusos? A resposta há de ser negativa, permitindo-se, nestes casos restritos, a superação da coisa julgada absolutória diante das obrigações positivas em matéria penal reconhecidas pela Corte IDH para proteção às vítimas de violações de direitos humanos.

4.4 SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL, CELERIDADE E EFICIÊNCIA DAS INVESTIGAÇÕES E DO PROCESSO. A VÍTIMA E O PROCESSO PENAL.

O reconhecimento das obrigações positivas em matéria penal pela Corte IDH impõe, ainda, um dever de adequação e eficiência das investigações de graves violações de direitos humanos, com a observância de protocolos internacionais de investigação¹⁵¹⁷ e perícia forense, abrangendo o acautelamento, preservação e toda a cadeia de custódia dos vestígios relevantes (em boa hora regulamentada pela Lei 13.964/19, acrescentando os artigos 158-A a 158-F ao CPP), a alocação e qualificação de recursos humanos, o fornecimento de insumos, a independência dos investigadores frente a investigados, a elaboração e cobrança de padrões, metas e rotinas operacionais.¹⁵¹⁸ Exige, ainda, a garantia de proteção e segurança a investigadores, operadores da Justiça, testemunhas, vítimas e réus colaboradores e uma maior celeridade nas investigações e processos relativos a graves violações de direitos humanos, traduzindo um mandado de otimização destas funções estatais. Como corolário, pode acarretar a inconveniência de normas e procedimentos caso sejam manifestamente contrários à eficiência e celeridade (como pode ocorrer pela tramitação triangular de inquéritos policiais entre polícia e Ministério Público pelo cartório judiciário¹⁵¹⁹, por exemplo, violando a um só tempo o sistema acusatório e o dever de eficiência).

Outrossim, garantem-se às vítimas¹⁵²⁰ de violações de direitos humanos e seus familiares uma ampla possibilidade de participação em todas as etapas da investigação e do processo e o direito à obtenção de uma resposta judicial em tempo adequado: a Corte IDH considera que a demora no processamento e julgamento de violações de direitos humanos constitui, per se, nova violação à norma convencional relativa à garantia do devido processo legal e do recurso efetivo (art. 8.1 e 25 da CADH). Consequentemente, o mandado de otimização incide também na fase processual, instando o Ministério Público e o Poder Judiciário a velarem pela observância da normativa interamericana que exige uma duração razoável do processo como direito das vítimas de violações de direitos humanos.

1517 Maranhão (2019, p. 155-160) anota a necessidade de observância de protocolos como o Manual da ONU sobre Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais e o Protocolo de Istambul (Manual para Investigação e Documentação Efetivas de Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes), este último expressamente objeto da Recomendação nº 31, de 27 de janeiro 2016 do Conselho Nacional do Ministério Público.

1518 Dondé (2013, p. 323-325) anota que após ser condenado pela Corte IDH no caso Gonzáles e outras (Campo Algodonero) c. México, aquele país teria estabelecido uma rede de cooperação entre diversas instâncias de segurança pública e persecução e implementando protocolos nacionais de investigação para desaparecimentos, violência sexual e feminicídio, permitindo buscas imediatas.

1519 Neste sentido, a tramitação direta de inquéritos policiais entre a polícia e o Ministério Público foi expressamente estabelecida, no âmbito federal, pela Resolução do Conselho de Justiça Federal nº 63, de 26 de junho de 2009. Indo além, Ramos (2015, p. 340) chega a afirmar a jurisprudência da Corte IDH com relação a graves violações de direitos humanos "*exige modificações no obsoleto sistema do inquérito policial brasileiro, que elucida menos de 8% dos crimes contra a vida*".

1520 Peres (2019, p. 315-317) anota que as sentenças condenatórias da Corte IDH contribuíram no México para a edição de uma Lei Geral de Vítimas, aprovada em 9 de janeiro de 2013, assegurando o direito das vítimas de violações de direitos humanos à assistência, proteção, atenção, verdade, justiça, reparação integral, participação e devida diligência, criando um registro nacional de vítimas e um fundo de assistência e reparação integral.

4.5 LIMITES SOBRE CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE E EXCULPANTES.

Ademais, as obrigações positivas em matéria penal incidem como vetor de interpretação do direito interno, inclusive para comprimir o âmbito normativo facultado ao reconhecimento legal e judicial de causas de exclusão de ilicitude e de exculpantes (ANDRADE, 2019, p. 375-379). Com efeito, não seria compatível com a CADH norma que considerasse lícito o homicídio de pessoa desarmada fugindo de perseguição policial ou a tortura de criança a pretexto do direito à criação dos filhos, como já decidido pela CEDH com base na Convenção Europeia de Direitos Humanos, conforme narram Ashworth (2004, p. 204) e Mowbray (2004, p. 43-45).

Tampouco seria válida perante a CADH norma que exculpasse servidor público que agisse em *obediência hierárquica* em cumprimento a ordem manifestamente ilegal de proceder a execução sumária, estupro ou tortura. De modo semelhante, no âmbito do Tribunal do Júri deve ser coibida pelo magistrado presidente a sustentação de teses acerca de causas justificantes ou exculpantes manifestamente contrárias aos direitos humanos assegurados na CADH, intervindo para coibir abusos (art. 497, III, do CPP). Pense-se, como exemplo, em teses de licitude de homicídio de pessoas com antecedentes criminais ou suspeitas de crimes, mendigos, adolescentes infratores, ou integrantes de determinada raça, etnia, grupo religioso ou social, ou mesmo em decorrência de traição em relacionamento amoroso (legítima defesa da honra). Assim, percebe-se que o âmbito da licitude e da irresponsabilidade por violações de direitos humanos, decorrente da aplicação de causas de exclusão da licitude ou culpabilidade, resta comprimido pelo reconhecimento das obrigações positivas em matéria penal pela Corte interamericana.

4.6 INCIDÊNCIA INDIRETA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH SOBRE DECISÕES INTERNAS DO JUDICIÁRIO E MINISTÉRIO PÚBLICO. ÓBICES DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL.

Por fim, é de se ressaltar que a jurisprudência interamericana opera efeitos internos a partir das normas dos arts 63.1 e art. 68.1 da CADH. Dessa maneira, em que pese a Corte IDH seja a intérprete última da Convenção, suas decisões não produzem efeitos jurídicos internos diretos e imediatos. Ao revés, aclarando o teor da norma convencional e apontando as providências necessárias para seu cumprimento, as sentenças da Corte IDH entram no ordenamento interno de forma indireta, através das decisões das autoridades internas aplicando a CADH.

Assim, o fato de a Corte IDH determinar a reabertura de processos, a retomada da persecução penal ou a ineficácia da coisa julgada absolutória em casos específicos, apenas indica que tais providências seriam necessárias ao cumprimento dos deveres

trazidos pela CADH, cabendo ao Poder Judiciário e ao Ministério Público brasileiros, no exercício de funções, decidir acerca da viabilidade e exequibilidade interna da decisão interamericana, diante do controle difuso de constitucionalidade e da independência funcional, constitucionalmente assegurados. Por outro lado, isto não lhes retira um pesado ônus de fundamentação e argumentação sempre que concluírem ser inviável juridicamente a solução preconizada pela Corte IDH diante de óbice constitucional superior, já que, sempre que possível, devem promover o cumprimento das decisões e normas interamericanas, dando-lhes efetividade, de molde a valorizar as diretrizes constitucionais do art. 1º, II e 4º, II, da CRFB e art. 7º do ADCT e a promover o cumprimento da norma convencional, vigente e superior a toda a legislação infraconstitucional.

5. CONCLUSÕES

1) O Brasil se submeteu à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em 10 de dezembro de 1998 e, desde então, está juridicamente vinculado ao cumprimento de suas decisões (art. 68.1 da CADH), que devem orientar a conduta das autoridades nacionais em todos os poderes, órgãos e entes federativos, prevalecendo sobre todo o ordenamento interno infraconstitucional, conforme força normativa supralegal atribuída aos tratados de direitos humanos pelo STF no julgamento do RE 466.343.

2) A jurisprudência da Corte IDH, assim como a análoga jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), reconhece a existência de obrigações positivas de tutela penal dos direitos humanos assegurados nas respectivas convenções. Assim, diante do dever dos Estados-partes de garantirem os direitos previstos na CADH (art. 1.1 da CADH) e de assegurar um devido processo legal (art. 8.1 da CADH) e um recurso judicial efetivo às vítimas de violações de direitos humanos (art. 25 da CADH), afirma-se o dever convencional de investigar adequadamente (com tempestividade, seriedade, imparcialidade e exaurimento dos meios de prova e garantindo-se ampla participação das vítimas e familiares), promover a persecução e, sendo o caso, punir os responsáveis por violações de direitos humanos.

3) Ademais, tratando-se de graves violações de direitos humanos, a jurisprudência da Corte IDH considera inadmissíveis a concessão de anistia, indulto, graça, o curso de prazos prescricionais ou decadenciais e a incidência de obstáculos processuais que impeçam a persecução e julgamento penal de mérito, afastando, ainda, o reconhecimento da causa exculpante da obediência hierárquica.

6. Em adição, a Corte IDH considera nestes casos que nem mesmo a coisa julgada absolutória constitui óbice ao dever de persecução penal de graves violações de direitos humanos, sempre que decorresse de um julgamento em que não tenham sido

observados os padrões interamericanos (de ampla participação da vítima, exaurimento e adequação das atividades investigativas e persecutórias, imparcialidade e ausência de coação a investigadores, promotores e magistrados), bem como sempre que surjam novas provas que permitam determinar a responsabilidade pelos fatos.

7. A Corte IDH considera como *graves violações* de direitos humanos a prática de tortura, maus tratos, execuções extrajudiciais, desaparecimento forçado, trabalho escravo, expulsão forçada da população civil e o estupro, quando praticados por agentes públicos ou por grupos armados paraestatais ou particulares em um contexto de macrocriminalidade propiciada pela participação ou omissão (seja por tolerância, conivência ou incapacidade) de agentes públicos em prevenir tais atos. O conceito de graves violações de direitos humanos abrange, mas não se confunde, com o de crimes contra a humanidade, prescindindo do elemento contextual de ataques sistemáticos ou generalizados no âmbito de uma política estatal.

6) As sentenças da jurisdição contenciosa da Corte IDH são vinculantes (art. 68.1 da CADH) e, sempre que compatíveis com a Constituição, devem ser cumpridas pelo país por intermédio de todos seus poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e do Ministério Público, por força do princípio da boa-fé (*pacta sunt servanda*). Consequentemente, todos os agentes públicos devem promover um controle de convencionalidade acerca das normas internas, similar ao controle de constitucionalidade, para afastar sua aplicação quando contrariarem a CADH, inclusive levando em consideração a interpretação que lhe é dada pela Corte IDH.

7) A submissão do país à jurisdição da Corte IDH, contudo, não torna o tribunal internacional uma quinta instância recursal, não produzindo suas decisões efeitos diretos em processos em curso, senão pela decisão das autoridades nacionais.

8) Ademais, a CADH e a jurisprudência da Corte Interamericana permanecem submetidas, para efeitos internos, à Constituição e à jurisdição constitucional brasileira. Entender de forma diversa outorgaria à Corte IDH um poder supraconstitucional e ilimitável e permitiria alterações constitucionais sem observância dos limites constitucionais, o que estaria em dissonância com as normas do art. 1º, I, art. 4º, I, e art. 60, §§1º a 4º da CRFB, violando cláusulas pétreas e o conteúdo mínimo de soberania nacional.

9) Tal entendimento não traduz violação ao princípio da boa-fé no plano internacional, eis que haveria manifesta falta de competência dos poderes Executivo e Legislativo em vincular o país no sentido de afastar do Poder Judiciário a função de controle de constitucionalidade, subsumindo-se à regra do art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a permitir nestes casos, a invocação de óbice interno. Seria, pois, nula, interna e internacionalmente, a interpretação de que a ratificação da CADH ou a submissão à jurisdição contenciosa da Corte IDH impediriam o controle concentrado ou difuso de constitucionalidade pela jurisdição brasileira.

10) Como consequência, as obrigações positivas em matéria penal reconhecidas pela jurisprudência da Corte IDH são limitadas pela garantia constitucional da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CRFB) e da irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5º, XL, da CRFB), não sendo constitucionalmente possível o afastamento generalizado do óbice da coisa julgada absolutória nos termos pretendidos pela Corte IDH e a aplicação da imprescritibilidade e insuscetibilidade de anistia decorrentes da CADH a fatos anteriores ao reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte pelo Brasil, em 10.12.1998.

11) Contudo, admitir-se-ia a incidência da jurisprudência da Corte IDH e da CADH sobre a regulamentação infraconstitucional da coisa julgada absolutória, desde que não esvaziado o conteúdo essencial da garantia constitucional. Assim, faz-se viável o afastamento de sentença absolutória transitada em julgado, em se tratando de grave violação de direitos humanos, por aplicação dos artigos 1.1, 8.1 e 25 da CADH, quando encerrasse coisa julgada inexistente (tratando-se de simulacro de julgamento, obtido mediante falsificação ou prevaricação) ou fraudulenta (quando o julgamento fosse decorrente de coação institucional ou pessoal, conluio, fraude ou indução dolosa a erro por vício de prova fundamental, como nos casos de laudos e perícias falsas ou testemunhos corrompidos ou coagidos), vedada, mesmo nestes casos, a mera rediscussão da legalidade processual ou mero reexame probatório na ausência de prova nova a demonstrar o vício.

12) Outrossim, a partir do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte IDH em 10.12.1998 é vedado o cômputo de prazos prescricionais ou a concessão de anistia, indulto ou graça, com relação a graves violações de direitos humanos, diante do teor das obrigações positivas em matéria penal reconhecidas pela jurisprudência interamericana com base nos artigos 1.1, 8.1 e 25, na forma do art. 68.1, todos da CADH. Contudo, com relação a situações jurídicas já definidas pela extinção da punibilidade, ou mesmo com relação a fatos anteriores a 10.12.1998, não se faz viável a retroação, em detrimento do réu, da norma interamericana determinante da imprescritibilidade e vedação de incidência de causas de extinção da punibilidade, sem prejuízo de que tais questões possam ser analisadas de modo autônomo à luz do *ius cogens* internacional.

13) As obrigações positivas em matéria penal decorrentes da CADH são limitadas pelo controle difuso e concentrado de constitucionalidade, pela separação constitucional de poderes e pela autonomia constitucional do Ministério Público e pela independência funcional de seus membros. Assim, são ineficazes no plano interno quaisquer determinações da Corte IDH no sentido de impor providências internas a membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, ou de que se abstenham de proceder ao controle da constitucionalidade da norma convencional. Contudo, declarando o teor da norma convencional, aumentam os ônus de fundamentação de decisões internas que não a implementem por razões superiores.

14) As obrigações positivas em matéria penal são aptas a restringir a aplicação de causas justificantes e exculpantes, vedando que sejam fundadas em *discrímen* contrário à CADH ou que acarretem proteção manifestamente deficiente a direitos humanos. À guisa de exemplo, vedam a justificação ou a exculpação de homicídio ou tortura porque estivesse a vítima fugindo desarmada, dispusesse de antecedentes criminais ou infracionais, fosse de determinada etnia, raça ou orientação sexual ou professasse determinada religião, devendo, no caso dos julgamentos pelo Tribunal do Júri, ser coibida pelo magistrado a veiculação de teses similares em plenário, esclarecendo-se sua contrariedade à CADH e à CRFB.

15) Por fim, as obrigações positivas em matéria penal exigem a possibilidade de ampla participação das vítimas em todas as fases da investigação e processo, a adoção de políticas públicas que visem maior eficiência e estruturação dos órgãos responsáveis pela investigação, perícia técnica, persecução e processamento penal, determinando a alocação de recursos orçamentários minimamente compatíveis com tais necessidades, a entrega de insumos técnicos necessários, a preservação da cadeia de custódia de provas técnicas, a proteção de investigadores, operadores da Justiça, testemunhas, vítimas e réus colaboradores e uma maior eficiência e celeridade nas investigações e processos relativos a graves violações de direitos humanos, traduzindo-se em mandados de otimização da função estatal de investigação, persecução e processamento penal.

Arremata-se o artigo com o diagnóstico realizado por Piovesan (2013, p. 367) sobre o sistema interamericano de defesa dos direitos humanos: ainda que algumas decisões da Corte IDH possam ser passíveis de críticas, não há como se negar o indispensável papel exercido pela Corte IDH e demais órgãos interamericanos na consolidação dos direitos humanos na América Latina:

O sistema interamericano tem assumido extraordinária relevância, como especial *locus* para a proteção de direitos humanos. O sistema interamericano salvou e continua salvando muitas vidas; tem contribuído de forma decisiva para a consolidação do Estado de Direito e das democracias na região; tem combatido a impunidade; e tem assegurado às vítimas o direito à esperança de que a justiça seja feita e os direitos humanos sejam respeitados.

BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI, Pablo Saavedra. La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de Derechos Humanos y sus consecuencias. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

ALEXY, Robert, *Téoria dos Direitos Fundamentais*, 2.ed., 3.tir., São Paulo: Malheiros, 2014.

AMBOS, Kai e BÖHM, Maria Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal Tímido y Tribunal Audaz? In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (edits). Berlin/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

APONTE, Alejandro. Sistema Interamericano y derecho público interno: ampliación de los efectos de la acción de revisión en el caso de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. In: AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (eds). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. Berlin/Bogotá: 2013.

ASHWORTH, Andrew. *Positive obligations in criminal law*. Hart publishing. Oxford/Portland:2004.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicin e Alessandro Berti Contessa. 2. Ed. 5. tir., São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BESTAGNO, Francesco. *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*. Milano: Vita e pensiero, 2003.

BÉZE, Patricia Mothé Glioche. *Os Direitos Humanos e a violência descrita nos tipos penais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2012.

CANÇADO TRINDADE. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.7-62.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6a Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. rev. atual., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

DONDÉ, Javier Matute. Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela. Berlín/Monteideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

_____. Influencia de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en México. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (eds). Berlin/Bogotá: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2013.

DONELLY, Jack. *Universal Human Rights in theory and practice*. 3rd ed. Ithaca: Cornell University, 2013

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed.rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs Uruguay). In: *Estudios Constitucionales*, Año 11, N°2, 2013, p. 641-694.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FRIEDE, Reis. *Revisão da Lei de Anistia: um contraponto*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2018.

GARCIA, Emerson. *Proteção internacional dos direitos humanos. Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GARCIA-SAYÁN, Diego. Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos. In: *La Corte Inte-*

americana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

GIL GIL, Alicia. Eficacia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito penal y procesal penal en España. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (eds). Berlín/Bogotá: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2013

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e direitos humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos* – Coleção Ciência Criminal Contemporânea, vol. 11. Coord. Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

KIBRIT, Orly. Atuação contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no contexto brasileiro e a proteção unitária dos direitos humanos na consagração da cidadania transnacional. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. 2018.

LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y anti-liberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (Edits). Berlin/Montevidео: Konrad-Adenauer-Stiftung e V. /Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2010.

_____. *Derechos humanos y derecho penal: Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*. Bogotá: Pontificia Universidade Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas e Grupo Editorial Ibañez, 2012.

MARANHÃO, João Guilherme Fernandes. Obrigação geral de investigar, processar e punir no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: teoria e prática*. ALBUQUERQUE, Aline; PERES, Luciana (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 137-180.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Controle constitucional da convencionalidade das leis*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

_____. Valério de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucionais*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOWBRAY, Alastair. *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Hart publishing. Oxford/Portland:2004.

OPOTOW, Susan. Psychology of Impunity and Injustice: Implications for Social Reconciliation. In: *Post-conflict Justice*, BASSIOUNI, Cherif M. (edit), Ardsley: Transnational Publishers, 2002.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal: um estudo comparado*. trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*. Pisa: Edizioni ETS, 2009.

PARRA VERA, Oscar. La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates. In: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 13, n.1, nov. 2012, p. 5-51.

PASTOR, Daniel R. *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. - Bogotá: Ibañez, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERES, Luciana. Mecanismos de implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos na América Latina: adequações institucionais na Colômbia, no México, na Argentina e no Brasil. In: *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: teoria e prática*. ALBUQUERQUE, Aline; PERES, Luciana (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 285-348.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: hierarquia e incorporação à luz da Constituição brasileira. In: *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Daurý Cesar/PETER FILHO, Jovacy/SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de/ ULHOA, Paulo Roberto/Fuchs, Horst Vilmar (coords) ((FABRIZ, Daurý Cesar et al. (coords)). Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Editora Acesso, 2011.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14.ed. rev. atual. - São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUIROGA, Cecilia Medina. Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2.ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 47, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Nullum crimen sine poena? sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”. In: *Derecho Penal y Criminología*, v. 29, n. 86-87, 2008, p. 149-172.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. As obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos por meio do sistema de justiça criminal e seu impacto no direito penal brasileiro: o caso Gomes Lund vs. Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 108, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. XXXII, n. 97, 2005.

VERVAELE, John A.E., Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales: ¿del ius (non) puniendi del estado-nación a un deber puniendi imperativo de ius cogens? *Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal da UFRGS*. v.1. n.1. (2013), p. 03-36.

VIGANÒ, Francesco. L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali. In *Studi in onore di Mario Romano*. IV. Napoli: Jovene Editore, 2011.

ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão; e MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela. Berlín/Montevidéo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

A SEGURANÇA JURÍDICA NA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Gláucia Maria de Araújo Ribeiro
Raffaela Cássia De Sousa

RESUMO: Objetivo. O presente artigo busca estudar o reconhecimento e a aplicação do princípio da segurança jurídica na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Justificativa.** A Convenção Americana sobre Direitos Humanos é um importante instrumento internacional de proteção dos direitos dos indivíduos. Ela está inserida dentro do sistema regional de proteção dos direitos humanos, no bojo das Américas, que também está ligado ao sistema global da Organização das Nações Unidas. Dentro do sistema americano de proteção dos direitos humanos, a Corte Interamericana representa um importante órgão julgador de denúncias de violações de direitos humanos, tendo aplicado, em diversas ocasiões, o princípio da segurança jurídica como basilar para a garantia de previsibilidade de procedimentos e da observância das legítimas expectativas dos cidadãos quanto ao cumprimento dos direitos previstos na Convenção Americana. **Método.** Este artigo utiliza pesquisa bibliográfica e documental para realizar os estudos a respeito da Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, outro método utilizado é a análise da jurisprudência nacional e principalmente dos julgados da Corte Interamericana. **Considerações finais.** A segurança jurídica é um importante princípio que assegura aos indivíduos a previsibilidade quanto a mudanças bruscas de seus direitos e, ao mesmo tempo, protege-os quanto às legítimas expectativas no que concerne à conduta estatal.

PALAVRAS-CHAVE: CONVENÇÃO. DIREITOS HUMANOS. SEGURANÇA JURÍDICA. CORTE INTERAMERICANA.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos; 3. A segurança jurídica na Convenção Americana sobre Direitos Humanos: análise de julgados da Corte; 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A segurança jurídica é um primado que acompanha tanto as relações individuais, as coletivas, as ações estatais, todas elas em conjunto e bem como a atuação do direito internacional. Esse princípio está presente na vida cotidiana de todos os indivíduos, desde as ações mais simples até aquelas pretensões mais complexas.

Um exemplo da segurança jurídica na vida cotidiana ocorre quando os motoristas param diante de um semáforo com luz vermelha e prosseguem quando a luz verde acende. Eles têm conhecimento das regras e confiam que, enquanto o semáforo estiver com luz verde para eles, os demais motoristas irão respeitar o outro semáforo e se manterão parados diante da cor vermelha. Trata-se de atuação da segurança jurídica

garantida pelo Estado, através das normas de trânsito, protegidas pela confiança e pelo esperado respeito de seu cumprimento pelos cidadãos, a fim de resguardar que todos possam livremente circular pelas ruas. Sem a previsibilidade das regras de trânsito e o respectivo código de luz, nenhum dos cidadãos teria seu direito de liberdade de circulação protegido, bem como não haveria nenhuma previsibilidade em saber a que momento a passagem estaria livre para prosseguir.

Como se vê, ainda nas ações mais simples, a segurança jurídica dissipa o caos e leva certa sensação de tranquilidade para os indivíduos, que já têm prévio conhecimento das regras a serem observadas. Da mesma forma, eles têm as legítimas expectativas de que os outros cidadãos também obedecerão as regras e confiarão que os agentes do Estado disponibilizarão um mecanismo confiável para garantir o direito de livre circulação de todos.

É no mesmo sentido acima que Celso Antônio Bandeira de Mello trata a segurança jurídica como uma aspiração e uma busca permanente do homem pela estabilidade das relações:

Esta “segurança jurídica” confunde com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente - e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas. (MELLO, 2019, pág.128)

Transpondo-se para o direito internacional, a inexistência de normas para regular a relação entre os vários Estados nacionais e a relação desses com seus cidadãos também seria fator de extrema desconfiança e insegurança, diante da impossibilidade de se prever ou, ao menos, de se esperar determinado comportamento. Para evitar a instabilidade das relações, os Estados passaram a se submeter voluntariamente às normas do direito internacional e, assim, essas relações passaram a ser reguladas, trazendo a garantia de previsibilidade.

No âmbito do direito internacional dos direitos humanos, vários tratados e convenções foram celebrados, resguardando e prevendo direitos dos cidadãos, como o direito à vida, à liberdade, à garantia de acesso judicial e a um procedimento previamente regulado. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) nasceu dessa regulação dos direitos e, com ela, este artigo pretende analisar o reconhecimento do princípio da segurança jurídica no bojo dessa Convenção regional, partindo-se também dos julgados da Corte Interamericana, órgão com competência jurisdicional criado por essa mesma norma internacional, que também é conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Para atingir o objetivo deste artigo, será utilizada uma pesquisa qualitativa, por meio da análise de referências bibliográficas e documentais, além da pesquisa jurisprudencial nacional e de julgados da Corte Interamericana. Assim, pretende-se perpassar pelo surgimento dos direitos humanos em nível internacional no que se refere à formação de sistemas regionais de proteção, bem como pelas origens e estrutura da Convenção Americana, além de estudar o conceito e extensão do princípio da segurança jurídica.

2. A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, designada como CADH, foi adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 22 de novembro de 1969 e, no Brasil, foi promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Essa Convenção faz parte do sistema interamericano de direitos humanos e está inserida no bojo de direitos protetivo das Américas, que se iniciou em 1948 com a Carta da OEA, que criou essa organização, e com a Declaração Americana de Direitos Humanos.

A OEA é uma organização internacional e a CADH é um de seus principais instrumentos em termos de proteção de direitos humanos. O objetivo da OEA é “*conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência*”, nos termos do art. 1º da sua Carta de constituição (OEA, 1967). Em face do objetivo dessa Organização, a CADH, como uma convenção que trata de direitos humanos, é um documento extremamente relevante para as Américas e para o sistema global de proteção desses direitos, que abriga uma série de direitos e de garantias para todas as pessoas. No entanto, houve um longo percurso histórico para a consolidação dos direitos humanos, assim como para o estabelecimento de um direito internacional sobre eles e para a formação de sistemas regionais de proteção.

Os direitos humanos, em nível internacional, foram consolidados após a segunda Guerra Mundial como resposta às várias violações de direitos humanos ocorridas. Enquanto ao regime nazista é atribuída a responsabilidade pela morte de milhares de pessoas, o pós-guerra foi marcado pelo nascimento de organizações internacionais, com a tentativa de manutenção da paz e da segurança (PIOVESAN, 2009, pág. 116).

No pós-guerra, os direitos humanos saíram dos limites das esferas territoriais dos Estados e aportaram no sistema internacional, num esforço mundial de reconstrução dos direitos que haviam sido extremamente violados durante os seis anos de guerra mundial declarada.

O processo de internacionalização dos direitos humanos começou com a criação das Nações Unidas e a Carta das Nações em 1945, bem como com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. A partir daí e com o Pacto Internacional dos

Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, inaugurou-se o sistema global de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2009, pág. 160).

Ao lado do sistema global, surgiram os sistemas regionais de proteção de direitos humanos, como o sistema europeu, o americano e o africano:

Cada um dos sistemas regionais de proteção apresenta um aparato jurídico próprio. O sistema interamericano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. Já o sistema europeu conta com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, que estabeleceu originariamente a Comissão e Corte Europeia de Direitos Humanos. Com o Protocolo n. 11, em vigor desde novembro de 1998, houve a fusão da Comissão com a Corte, com vistas à maior judicialização do sistema europeu, mediante uma Corte reformada e permanente. Por fim, o sistema africano apresenta como principal instrumento a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981, que, por sua vez, estabelece a Comissão Africana de Direitos Humanos; posteriormente foi criada a Corte Africana de Direitos Humanos, mediante um protocolo à Carta em 1998. (PIOVESAN, 2009, páginas 243 e 244).

Cumprir dizer que não existe contradição entre o sistema global de proteção de direitos humanos e os sistemas regionais, ao contrário, esses sistemas se complementam de forma a assegurar maior proteção aos indivíduos.

Especificamente quanto ao sistema interamericano, em consulta ao site da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2007), verifica-se que, dos países das Américas, 25 ratificaram a Convenção. Nem todos eles, no entanto, aceitaram se submeter à jurisdição da Corte para o julgamento de violações contra os direitos humanos praticados por seus Estados. O Brasil aderiu à Convenção, bem como se submeteu à jurisdição da Corte. Os Estados Unidos, por sua vez, não ratificaram a Convenção.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica em razão do lugar de sua celebração, promoveu a criação de dois órgãos de proteção contra violações de direitos humanos dentro da estrutura da OEA: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A primeira não é um órgão jurisdicional, tendo funções específicas indicadas na Convenção. Já a segunda é órgão com competência jurisdicional, produzindo sentenças e emitindo pareceres sobre o reconhecimento de violações de direitos humanos praticadas pelos Estados-partes. Nos termos do item 3 do art. 62 da CADH, a Corte tem a seguinte competência:

A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados-Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial. (BRASIL, 1.992)

Conforme a CADH, as petições de denúncias de violações de direitos humanos não podem ser apresentadas diretamente pelos cidadãos à Corte Interamericana para julgamento. A Convenção Americana estabelece, no art. 44, que qualquer pessoa ou grupos de pessoas, ou ainda entidades não governamentais poderão apresentar à Comissão denúncia de violação de algum direito da Convenção contra qualquer Estado-parte. Esse direito, no entanto, não se estende ao acesso direto à Corte. Assim, antes de um caso ser submetido à Corte, deve ser levado à análise primeiramente da Comissão, submetendo-se ao seguinte procedimento:

No âmbito procedimental, ao receber uma petição, a Comissão Interamericana inicialmente decide sobre sua admissibilidade, levando em consideração os requisitos estabelecidos no art. 46 da Convenção. Se reconhecer a admissibilidade da petição, solicita informações ao Governo denunciado. [...]

Recebidas as informações do Governo, ou transcorrido o prazo sem que as tenha recebido, a Comissão verifica se existem ou se subsistem os motivos da petição ou comunicação. Na hipótese de não existirem ou não subsistirem, a Comissão mandará arquivar o expediente. Contudo, se o expediente não for arquivado, a Comissão realizará, com o conhecimento das partes, um exame acurado do assunto e, se necessário, realizará a investigação dos fatos.

Feito o exame da matéria, a Comissão se empenhará em buscar uma solução amistosa entre as partes – denunciante e Estado. Se alcançada a solução amistosa, a Comissão elaborará um informe que será transmitido ao peticionário e aos Estados-partes da Convenção, sendo comunicado posteriormente à Secretaria da Organização dos Estados Americanos para publicação. Esse informe conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada.

Entretanto, se não for alcançada qualquer solução amistosa, a Comissão redigirá um relatório, apresentando os fatos e as conclusões pertinentes ao caso, e eventualmente, recomendações ao Estado-parte. [...] O relatório é encaminhado ao Estado-parte, que tem o prazo de três meses para conferir o cumprimento às recomendações feitas.

Durante esse período de três meses, o caso pode ser solucionado pelas partes ou encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos. (PIOVESAN, 2009, páginas 255 a 256).

Assim, submetido o caso à Comissão, sendo admitida a denúncia e prestadas as informações pelo Estado denunciado, não sendo o caso de solução consensual, a Comissão encaminhará um relatório para a Corte. A partir desse momento, a análise do caso competirá àquele órgão que produzirá ao final uma sentença, reconhecendo ou afastando as alegações de violações de direitos humanos.

As sentenças da Corte são extremamente relevantes para a interpretação e aplicação da CADH, formando inclusive um bloco de convencionalidade para orientar a aplicação da Convenção Americana. O bloco de convencionalidade é o conjunto de normas convencionais, além de jurisprudências das Cortes Internacionais, que representa o arcabouço jurídico internacional de parâmetro para a aplicação das normas

sobre direitos humanos. Nesse sentido, Mazzuolli aponta que, à semelhança do bloco de constitucionalidade, o bloco de convencionalidade é também um “*corpus iures*” de referência para a aplicação e cumprimento pelos Estados-partes:

Os direitos previstos em todos esses instrumentos, assim, formam aquilo que se pode chamar de “bloco de convencionalidade”, à semelhança do conhecido bloco de constitucionalidade”, ou seja, formam um *corpus iures* de direitos humanos de observância obrigatória aos Estados-partes. (MAZZUOLLI, 2014, pág. 484)

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos emprega a figura do bloco de convencionalidade para enfatizar a importância de sua utilização por juízes nacionais como referência para aplicação do direito interno. A Corte ainda indica que, ao se realizar o controle de constitucionalidade, os países também estão realizando o controle de convencionalidade, incluindo em seus parâmetros as convenções internacionais e a jurisprudência da Corte. Além disso, os juízes dos Estados-partes teriam, da mesma forma, de exercer o controle de convencionalidade das normas nacionais, considerando não só o tratado, mas também a interpretação dada pela Corte à Convenção, conforme já reconhecido pela Corte no caso *Almonacid Arellano vs.. Chile*:

124. A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.¹⁵²¹

O caso *Teodoro Cabrera Garcia e Rodolfo Montiel Flores vs. México* traz uma conceituação importante sobre bloco de convencionalidade, em que a própria Corte indica o seu conteúdo. No referido caso, foi reconhecida a responsabilidade internacional do México pela detenção arbitrária e tortura a que foram submetidos Teodoro Cabrera Garcia e Rodolfo Montiel Flores. O caso se originou de uma operação do Exército mexicano em que as vítimas foram detidas de forma arbitrária e submetidas a tortura durante o período de privação de liberdade. No caso em comento, a Corte expressamente consignou que:

26. El desarrollo descrito de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional, también se debe a las propias jurisdicciones domésticas, especialmente a las altas jurisdicciones constitucionales, que progresivamente han privilegiado interpretaciones

¹⁵²¹ *Almonacid Arellano e outros c. Chile*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 setembro de 2006, Séries C No. 154.

dinámicas que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales. Se forma un auténtico “bloque de convencionalidad”, que se bien varía de país a país, la tendencia es considerar dentro del mismo sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en algunas ocasiones el “bloque de convencionalidad” queda subsumido en el “bloque de constitucionalidad”, por lo que al realizar el “control de constitucionalidad” también se afecta el “control de convencionalidad”.¹⁵²²

Em outras palavras, no referido julgado, a Corte asseverou que o desenvolvimento da incorporação do direito internacional dos direitos humanos se deve também às jurisdições domésticas que passaram a aplicar os direitos previstos nas convenções internacionais, e assim, passaram a formar um bloco de convencionalidade.

A Corte também explica que, no bloco de convencionalidade, não deve se incluir apenas o Pacto de São José da Costa Rica, mas também, além da jurisprudência da Corte, outros protocolos adicionais:

44. En principio, el parámetro del “control difuso de convencionalidad” por partes de los jueces nacionales (con independencia de si ejercen o no control de constitucionalidad), es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte IDH que la interpreta. [...]

45. No obstante, la propia “jurisprudencia” de la Corte IDH ha ido ampliando el corpus juris interamericano en materia de derechos humanos para fundamentar sus fallos. No debe pasar inadvertido que es lo propio Pacto de San José el que permite incluir “en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los artículos 76 y 77”, lo que ha permitido que se aprueben diversos Protocolos Interamericano. Asimismo, el propio Pacto establece como norma interpretativa que no se puede excluir o limitar el efecto que pueden producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y “otros actos internacionales de la misma naturaleza”.¹⁵²³

Portanto, a Convenção Americana faz parte do processo de internacionalização de direitos humanos, que começou após a II Guerra Mundial, e se insere no sistema protetivo das Américas. A sua estrutura, assim como a presença de órgão com competência jurisdicional, irradia os efeitos da CADH para os ordenamentos internos e, com as sentenças da Corte Interamericana, reforça os dispositivos protetivos da Convenção, através do bloco de convencionalidade.

3. A SEGURANÇA JURÍDICA NA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DE JULGADOS DA CORTE

O texto da CADH é dividido em Parte I, trazendo os Deveres dos Estados e Direitos Protegidos, Parte II – Meios de Prova e Parte III – Disposições Gerais e Transitórias.

1522 *Cabrera García e Montiel Flores c. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C No. 220.

1523 *Cabrera García e Montiel Flores c. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C No. 220.

A Parte I, Dos Deveres dos Estados e Direitos Protegidos, é dividida em cinco capítulos, sendo o primeiro relativo à enumeração dos deveres, o segundo capítulo sobre os direitos civis e políticos, o terceiro capítulo sobre os direitos econômicos, sociais e culturais; o quarto capítulo sobre a suspensão de garantias, interpretação e aplicação; e o último capítulo relativo aos deveres das pessoas – a correlação entre deveres e direitos. Especificamente sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais existe ainda o Protocolo Adicional de São Salvador concluído em 17 de novembro de 1998, que também compõe o arcabouço jurídico do sistema americano de direitos humanos.

Não obstante a importância equânime de todos os direitos previstos na CADH, destaca-se com grande relevância o Capítulo V da Parte I, que, como já indicado anteriormente, trata dos deveres das pessoas, da correlação entre deveres e direitos. O capítulo em questão é composto de único artigo que tem a seguinte redação:

CAPÍTULO V

Deveres das Pessoas

ARTIGO 32

Correlação entre Deveres e Direitos

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.
2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática. (BRASIL, 1992)

O artigo acima dispõe sobre a existência de limites para o exercício dos direitos garantidos na Convenção. Trata-se, portanto, de garantia para que todas as pessoas possam gozar dos direitos previstos na Convenção à medida que seus próprios direitos encontram limites naqueles que são assegurados aos demais indivíduos, na segurança de todos e nas exigências do bem comum.

Não obstante a CADH se refira, no artigo acima, à “segurança de todos” sem especificar a garantia de segurança jurídica de forma expressa, o artigo em questão deve ser interpretado em conjunto com as demais disposições da Convenção para conferir entendimento amplo ao dispositivo, de modo a incluir no conceito de “segurança de todos” a segurança jurídica.

Ainda que muitos diplomas internacionais, como a CADH, não se referiam expressamente à nomenclatura segurança jurídica no rol dos direitos humanos garantidos, ela é um corolário da segurança de todos, direito este garantido na Convenção Americana:

Mas a despeito dessas conceituações, em geral, no plano internacional, os principais documentos em matéria de reconhecimento e proteção dos direitos humanos não contém referência expressa a um direito à segurança jurídica, mas a corolários de segurança, como a segurança pessoal do indivíduo, garantias contra a irretroatividade de determinados

atos estatais etc. Isso não significa, todavia, ausência de proteção do valor segurança jurídica. (CÔRTEZ, 2008, pág. 30).

Embora outros artigos da CADH também se referiam ao termo segurança, eles o fazem em situações específicas, com referibilidade a um direito previamente indicado, como a liberdade pessoal (art. 7º), a liberdade de crença e religião (art. 12), a liberdade de pensamento e expressão (art.13), o direito de reunião (art. 15), a liberdade de associação (art. 16), o direito de circulação e residência (art. 22) e a suspensão de garantias (art. 27). Nesse ponto, este artigo verifica que tão somente o art. 32 da CADH, anteriormente transcrito e que trata da correlação entre deveres e direitos, é dotado dos requisitos e finalidades que permite relacioná-lo de maneira ampla à segurança jurídica, seja porque não se refere a um direito específico, seja porque está justamente localizado no capítulo relacionado aos deveres e intimamente ligado à hipótese de manutenção do direito de todos mediante a limitação do direito de cada um.

A segurança jurídica é um consectário de garantia dos cidadãos de não serem surpreendidos com alterações jurídicas que impliquem a perda de seus direitos quando já há situações de fato consolidadas. Assim, a segurança jurídica pode ser concebida tanto sob o aspecto procedimental quanto sob o aspecto do direito material, dependendo do tipo de direito a ser resguardado.

Esse princípio pode ser utilizado e resguardado para que os indivíduos conheçam previamente os procedimentos que devem seguir para pleitear alguma prestação material perante o Poder Público, seja o Executivo, como no caso de pedidos de licenças ambientais, seja no Judiciário, ao se estabelecer uma série de atos processuais encadeados para se chegar ao resultado último do processo; mas pode também ser utilizado para resguardar as legítimas expectativas dos cidadãos de que os direitos previstos a eles na ordem interna serão efetivados pelo Estado.

A segurança jurídica prevista no item 2 do art. 32 da CADH não diz respeito apenas à garantia de não violência contra os eventos da vida cotidiana, mas deve ser interpretada em sentido amplo para abranger também essas legítimas expectativas dos indivíduos quanto aos procedimentos administrativos e judiciais, bem como quanto às situações jurídicas consolidadas.

A segurança jurídica, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é um dos mais importantes princípios gerais do Direito, pois assegura a estabilidade, garantindo um ordenado convívio social, sem abalos decorrentes de alterações repentinas:

Ora, é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensinar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza

na regência da vida social. Daí o chamado “princípio da segurança jurídica”, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais do direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas por sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas. (MELLO, 2019, pág. 128)

No voto do Ministro Relator do AgRegMS 33.528 no Supremo Tribunal Federal, restou consignado que a segurança jurídica, a boa fé e a proteção da confiança são expressões do Estado Democrático de Direito protegendo as situações consolidadas:

O que se revela incontroverso, nesse contexto, é que os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922 Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES, v.g.), em ordem a viabilizar a incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado (os Tribunais de Contas, inclusive), para que se preservem, desse modo, situações consolidadas e protegidas pelo fenômeno da “res judicata”.¹⁵²⁴

A segurança jurídica representa uma expressão do princípio da confiança que considera que as legítimas expectativas do cidadão em relação ao seu Estado devam ser realizadas. O professor Almiro do Couto e Silva ensina que os conceitos de boa-fé, segurança jurídica e proteção da confiança são conceitos próximos que pertencem à mesma “constelação de valores”, mas que, com o tempo, foram ganhando nuances próprias, mas sem se afastar completamente (SILVA, 2004, pág. 272). Para o Autor, a segurança jurídica se divide em duas partes, sendo a primeira ligada às questões de irretroatividade da lei e a segunda relativa à proteção da confiança:

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes: uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questões dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes de qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art, 5º, XXXVI.

1524 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº33.528/DF, de 6 de setembro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11691843>> Acesso em 10 jan. 2020.

A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos autos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação. (SILVA, 2004, páginas 273/274)

Na mesma esteira de pensamento do professor Almiro do Couto e Silva, o Supremo Tribunal Federal, em um caso discutindo a desconstituição de atos de ascensão funcional de servidor, assentou que:

6. Como se sabe, o princípio da segurança jurídica, em um enfoque objetivo, veda a retroação da lei, tutelando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Em sua perspectiva subjetiva, a segurança jurídica protege a confiança legítima, procurando preservar fatos pretéritos de eventuais modificações na interpretação jurídica, assim como resguardando efeitos jurídicos de atos considerados inválidos por qualquer razão. Em última análise, o princípio da confiança legítima destina-se precipuamente a proteger expectativas legitimamente criadas em indivíduos por atos estatais.

7. A aplicação do princípio da proteção da confiança, portanto, pressupõe a adoção de atos contraditórios pelo Estado que frustrem legítimas expectativas nutridas por indivíduos de boa-fé. Naturalmente, tais expectativas podem ser frustradas não apenas por decisões administrativas contraditórias, mas também por decisões judiciais dessa natureza. Nada obstante a potencial reversibilidade de decisões judiciais não transitadas em julgado, não parece razoável restringir a aplicação do princípio da proteção da confiança ao âmbito da Administração Pública, uma vez que a invalidação da ascensão em cargo público ocorrida há anos pode, presentes determinadas condições, frustrar expectativas legítimas criadas pelo ato estatal pretérito, causando, portanto, forte abalo à segurança jurídica.¹⁵²⁵

É de se ressaltar que há autores que consideram a existência de dois princípios distintos: a segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança (SILVA, 2004, pág. 273), de forma que, a segurança jurídica seria apenas a garantia de estabilidade das relações jurídicas.

A primeira vez em que o termo segurança jurídica apareceu em um documento como direito fundamental é reputado pela doutrina como em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França (CÔRTEZ, 2008, páginas 29 a 30). Posteriormente, apareceu na Constituição francesa de 1793.

Para a existência da segurança jurídica, é a necessária a presença de alguns instrumentos: a normatividade e a previsibilidade (CÔRTEZ, 2008, pág. 31). A normatividade é importante para que os indivíduos e o Estado saibam quais são as regras aplicáveis a cada situação e quais são os direitos garantidos. O direito posto garante o conhecimento das normas sociais e das regras jurídicas, assim como dos direitos e procedimentos assegurados em tratados internacionais. Aponta Osmar Mendes Paixão

1525 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Embargos de Declaração no segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 885.474 Amapá, de 18 a 24 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751378163>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

Côrtes que, não obstante no sistema *common law* não tenha uma legislação exaustiva tratando de todas as matérias, “o sistema de precedentes é fundamental para a segurança jurídica” (2009, pág. 32).

A previsibilidade é outro instrumento da segurança jurídica e evita a situação de caos, antevendo o cidadão desde já as possíveis consequências das condutas ou a indicação de quais direitos o Estado lhe assegurará. Esse mesmo instrumento também pode ser atingido quando ocorre a imutabilidade das decisões, sejam elas administrativas ou judiciais, garantindo-se uma maior estabilidade da execução da pretensão reconhecida.

A segurança jurídica é um princípio direcionado a manter a ordem jurídica e a evitar que os indivíduos sejam surpreendidos com alterações em seus direitos que possam ferir suas expectativas legítimas. Por outro lado, esse princípio não pode ser utilizado para pressionar o Estado a não se adaptar às evoluções e às novas exigências dos indivíduos, tendo em vista que o Direito e a sociedade estão em constante evolução:

Nessa moldura, não será necessário sublinhar que os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do status quo e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, mesmo quando manifestadas em atos ilegais, que possa ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes as expectativas. Colocam-se assim, em posição de tensão com as tendências que pressionam o Estado a adaptar-se a novas exigências da sociedade, de caráter econômico, social, cultural ou de qualquer outra ordem, ao influxo, por vezes, de avanços tecnológicos ou científicos, como os realizados, com impressionante velocidade, no decorrer do século XX.

É certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e proteção da confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público. (SILVA, 2004, páginas 257 a 276)

A Corte Interamericana, ao aplicar a Convenção, por diversas vezes já empregou o princípio da segurança jurídica em seus julgados. Reconheceu, portanto, a importância desse princípio no sistema interamericano de direitos humanos. Nas diversas vezes em que aplicou o referido princípio, a Corte já teve oportunidade de considerá-lo tanto sob o aspecto da previsibilidade procedimental quanto em relação às legítimas expectativas dos indivíduos no que se refere ao cumprimento de seus direitos pelos Estados, como se indicará a seguir na análise de alguns casos submetidos à Corte em que houve a condenação do Estado brasileiro.

O caso *Gomes Lund c. Brasil* se refere à condenação sofrida pelo país em face do reconhecimento pela Corte Interamericana das várias violações de direitos humanos

ocorridas no bojo da denominada “Guerrilha do Araguaia”. Foi reconhecida a responsabilidade do país pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de vários membros do Partido Comunista na época do regime militar.

Em sede de preliminares, o Brasil alegou a falta de interesse processual, em razão da atuação da Comissão Interamericana, no que se refere ao Relatório de Mérito do processo e em face de medidas de reparação que já teriam sido adotadas pelo Brasil e que atenderiam às pretensões da denúncia.

Ao analisar essas preliminares arguidas no caso *Gomes Lund*, a Corte, rejeitando-as, apontou a importância da segurança jurídica, tendo indicado que os prazos estabelecidos pela Comissão devem ser obedecidos, pois a segurança jurídica exige o cumprimento do procedimento perante a Corte:

A segurança jurídica exige que os Estados saibam a que se ater no procedimento perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Por conseguinte, se a Comissão concede um prazo ao Estado para que cumpra as recomendações do relatório, deve esperar que este lhe remeta a resposta no prazo fixado e avaliá-la com o objeto de decidir se submeter o caso ao conhecimento da Corte é a alternativa mais favorável à tutela dos direitos contemplados na Convenção ou se, ao contrário, as medidas adotadas pelo Estado para cumprir as recomendações da Comissão constituem uma contribuição positiva para o andamento do processo e para o cumprimento das obrigações estabelecidas na Convenção Americana.¹⁵²⁶

No caso *Escher e outros c. Brasil*, a Corte também reafirmou a importância da segurança jurídica. O referido caso dizia respeito à denúncia de monitoramento e interceptação ilegal de linhas telefônicas pela Polícia Militar do Estado do Paraná. Segundo a denúncia, membros de uma cooperativa agrícola e de uma associação comunitária de trabalhadores rurais teriam tido a sua liberdade de comunicação violada em razão do monitoramento ilegal de suas conversas. O Brasil foi, então, acusado de violar vários dispositivos da CADH, como as garantias judiciais, a proteção da honra e da dignidade, a liberdade de associação e a garantia de proteção judicial.

Sobre a garantia da segurança jurídica, nesse caso posto perante a Corte, ficou consignado que os procedimentos apresentados perante esse órgão internacional não estão sujeitos às formalidades típicas dos processos judiciais internos dos países, mas que a incorporação de elementos ao acervo probatório deve observar a segurança jurídica:

A Corte tem afirmado que os procedimentos perante si não estão sujeitos às mesmas formalidades das atuações judiciais internas, e que a incorporação de determinados elementos ao acervo probatório deve ser efetuado prestando particular atenção às circunstâncias do caso concreto e tendo presentes os limites que impõe o respeito à segurança jurídica e ao equilíbrio processual entre as partes.¹⁵²⁷

1526 *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2010, Serie C No. 219.

1527 *Escher e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 6 de julho de 2009, Série C n. 200.

Nos dois casos anteriores, a segurança jurídica foi resguardada como um princípio que assegura a previsibilidade e estabilidade dos procedimentos. Por outro lado, a Corte, com base na CADH, ao longo dos diversos casos a ela submetidos, já aplicou o princípio da segurança jurídica para garantir também o direito material, como no caso do *Povo Xucuru c. Brasil*. No referido caso, houve a denúncia sobre descumprimento dos direitos de reconhecimento da propriedade das terras do povo indígena e sobre a demora na desintrusão de terceiros que estavam dentro do seu território.

A Corte considerou que não havia segurança jurídica nos procedimentos administrativos brasileiros a respeito da exata delimitação das terras indígenas. Nesse ponto, a Corte apontou que a segurança jurídica diz respeito também ao direito à demarcação dos territórios indígenas.

Nesse caso, a segurança jurídica foi apontada como a legítima confiança dos povos de que os Governos adotariam os direitos previstos em suas legislações e em tratados internacionais. Adicionalmente, a Corte ponderou que a excessiva demora no reconhecimento dos direitos previstos também implica um impacto sobre a segurança jurídica. Mais uma vez, portanto, com base na boa-fé e no cumprimento das legítimas expectativas da sociedade, a Corte considerou a importância da segurança jurídica para a garantia de direitos:

A respeito da alegada falta de cumprimento das obrigações positivas para garantir o direito à propriedade, e à falta de segurança jurídica sobre o uso e o gozo pacífico dos territórios tradicionais do povo Xucuru derivados da falta de sua desintrusão, a Corte reconheceu que o povo Xucuru contou com o reconhecimento formal da propriedade coletiva de seus territórios desde novembro de 2005, mas considerou que não há até hoje segurança jurídica sobre seus direitos à totalidade do território. No que tange às ações interpostas por terceiros não indígenas, a Corte reconheceu que o Estado não tem responsabilidade direta por elas. No entanto, a demora excessiva no processamento e resolução dessas ações gerou um impacto adicional sobre a frágil segurança jurídica do povo Xucuru em relação à propriedade do seu território ancestral.¹⁵²⁸

No caso do povo Xucuru, o Brasil foi condenado porque a Corte considerou a parcial ineficácia do processo de titulação das terras, tendo em vista que as ações de terceiros não indígenas afetaram a segurança jurídica desse povo. Assim, no caso em questão, a segurança jurídica foi assegurada pela Corte dentro da estrutura da Convenção Americana como uma garantia de que os direitos dos povos indígenas deveriam ser respeitados.

Considerando os julgados citados, em todos eles a segurança jurídica alcançou o status de garantia de direitos. Nos dois primeiros exemplos, tanto no caso *Gomes Lund* quanto no caso *Escher x Brasil*, esse princípio foi utilizado para ratificar as legítimas expectativas de cumprimento das regras procedimentais da própria Corte Americana. Já no último caso, a segurança jurídica representou o próprio reconhecimento da Corte de

¹⁵²⁸ *Povo Indígena Xucuru e seus membros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de fevereiro de 2018, Série C No. 346.

que os direitos dos povos indígenas não estavam sendo respeitados. Logo, esse princípio não é só o resguardo formal de cumprimento de regras procedimentais, mas também é a garantia de reconhecimento dos direitos já previstos na CADH.

Apesar de representar um importante direito, a segurança jurídica não é uma garantia absoluta. É se lembrar que o próprio artigo 32 da CADH, que trata da segurança, diz expressamente que “os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais”. Assim, pode-se dizer que só é possível garantir os mesmos direitos a todos porque esses direitos estão limitados pelo direito de cada um:

O fato que os direitos subjetivos encontrarem sua própria limitação nos direitos dos outros é outra maneira de dizer que a liberdade é tal apenas se for direito de todos, de que o indivíduo é livre somente sendo no mesmo tempo igual aos outros: que somos livres sendo iguais na nossa liberdade. (LIMA, FINCO; 2010, pág. 303)

É importante lembrar que, na ordem interna constitucional, também não se fala em direitos absolutos, uma vez que podem sofrer limitações quando encontram outros direitos de valor constitucional¹⁵²⁹:

Pode-se ouvir, ainda, que os direitos fundamentais são absolutos, no sentido de se situarem no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição. Tal ideia tem premissa no pressuposto jusnaturalista de que o Estado existe para proteger direitos naturais, como a vida, a liberdade e a propriedade, de, de outro modo, estariam ameaçados. Se é assim, todo poder aparece limitado por esses direitos e nenhum objetivo estatal ou social teria como prevalecer sobre eles. Os direitos fundamentais gozariam de prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo.

Essa assertiva esbarra em dificuldades para ser aceita. Tornou-se voz corrente na nossa família de Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, quando enfrentarem outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais. (MENDES, BRANCO, 2014, pág. 143)

Assim como ocorre na ordem interna em que não se fala em direitos puramente absolutos, na ordem internacional isso também deve ser replicado, caso contrário não seria possível garantir nenhum direito aos indivíduos se não houvesse a limitação de respeito os direitos do outro. Nesse ponto, é importante destacar o art. 12, item 3 da Convenção de Direitos Civis e Políticos da ONU expressamente consigna que os direitos dos indivíduos encontram limites na segurança nacional e na ordem, na saúde ou na moral pública, assim como nos direitos e liberdades das demais pessoas (BRASIL, 2010).

A Corte Interamericana já apreciou a segurança jurídica como um direito não absoluto. Trata-se do caso *Vladimir Herzog c. Brasil*, cuja sentença foi proferida pela

1529 O professor Uadi Lammêgo Bulos ensina que, não obstante em regra dos direitos fundamentais não sejam absolutos, “há situações em que um direito ou garantia fundamental é absoluto, devendo ser exercido de maneira irrestrita. É o caso da proibição à tortura e do tratamento desumano ou degradante”. (BULOS, 2017, pág. 535).

Corte em 15 de março de 2018. De acordo com dados da sentença, “o caso se refere à suposta responsabilidade internacional do Estado pela situação de impunidade em que se encontram a detenção arbitrária, a tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida em 25 de outubro de 1975 [...]”¹⁵³⁰. Ainda segundo esse documento, o evento teria ocorrido durante a época do regime militar no Brasil e a impunidade teria sido causada pela Lei da Anistia publicada durante esse regime.

Nesse caso submetido à Corte, ficou reconhecido que, no caso de graves e sistemáticas violações de direitos humanos, a impunidade advinda da falta de investigação gera enormes danos às vítimas, de tal forma que nem o princípio do “*ne bis in idem*” nem a autoridade da coisa julgada podem ser mantidos em prol da segurança jurídica¹⁵³¹.

A Corte reconheceu a preponderância dos direitos das vítimas sobre a segurança jurídica, tendo em vista que elas “não só foram lesadas por um comportamento perverso, mas devem, além disso, suportar a indiferença do Estado, que descumpre manifestamente sua obrigação de esclarecer esses atos, punir os responsáveis e reparar os lesados”. E continuou a Corte ainda:

A gravidade do ocorrido nesses casos é de tal envergadura que prejudica a essência da convivência social e impede, ao mesmo tempo, qualquer tipo de segurança jurídica. Por esse motivo, a Corte ressalta que ao analisar os recursos judiciais que possam vir a interpor os acusados de graves violações de direitos humanos, as autoridades judiciais internas são obrigadas a determinar se o desvio no uso de uma garantia penal pode gerar uma restrição desproporcional aos direitos das vítimas, de modo que uma clara violação do direito de acesso à justiça dissipa a garantia processual penal de coisa julgada.¹⁵³²

O que se verifica é que, embora a segurança jurídica represente no bojo da CADH e no âmbito do direito interno uma garantia e um direito, ela não é absoluta e não pode ser oponível aos casos em que possa causar efeitos deletérios aos direitos das vítimas.

Sobre outros aspectos, a mesma interpretação pode ser aplicada, no sentido de afastar a segurança jurídica quando outros direitos de igual importância também estiverem sendo violados. A título de exemplo, a coisa julgada é um direito constitucionalmente assegurado, contudo outras normas de direito interno afastam essa garantia, como o instituto processual da ação rescisória, que permite a rescisão de uma sentença já transitada em julgado, em razão da constatação de determinadas situações graves elencadas na lei processual.

Embora a segurança jurídica seja um princípio que objetiva resguardar a estabilidade das situações, mediante normatividade e previsibilidade, para se chegar até ela é necessária a existência de um órgão que garanta a manutenção das legítimas expectativas. Em geral, esse

1530 *Herzog e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 de março de 2018, Série C No. 353.

1531 *Herzog e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 de março de 2018, Série C No. 353.

1532 *Herzog e outros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 de março de 2018, Série C No. 353.

princípio é garantido, na ordem interna, pelo Poder Judiciário, atrás da atuação dos juízes e, na ordem internacional, por meio das Cortes internacionais. No sistema regional americano de proteção dos direitos humanos, essa função é atribuída à Corte Interamericana que resguarda a regular aplicação desse princípio insculpido no art. 32, item 2 da CADH.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo, restou consignado que a segurança jurídica é um direito assegurado na CADH no artigo 32, item 2, e se apresenta como uma garantia de que os direitos e procedimentos previstos na legislação interna e internacional serão cumpridos ou executados conforme as legítimas expectativas dos indivíduos em relação ao comportamento do Estado.

Esse princípio possui tanto um aspecto objetivo (normatividade) quanto subjetivo (legítimas expectativas dos cidadãos), sendo que pode ser visto também sobre os vieses da previsibilidade de procedimento e da garantia dos próprios direitos dos indivíduos.

A segurança jurídica pretende afastar a instabilidade das diversas interações sociais, em busca de um convívio harmônico dentro da sociedade. Sendo um direito garantido na Convenção e fazendo parte de diversas sentenças proferidas pela Corte, esse princípio integra o bloco de convencionalidade e vincula os Estados-partes da Convenção Americana na aplicação da segurança jurídica no direito interno e também no cumprimento de decisões da Corte.

BIBLIOGRAFIA

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e Segurança Jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LIMA, Fernando Rister de Souza Lima; FINCO, Matteo. Fundamentos sistêmicos dos direitos humanos. A CIDH e o “hipervalor” da dignidade humana. Págs. 291 a 306. In *50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos. O Sistema Americano: Legado, Impacto e Perspectivas*. Organizadores: Alberto do Amaral Jr., Flávia Piovesan e Paula Monteiro Danese. Salvador: Editora Juspodium, 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. 2ª ed. rev. atual. ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34ª ed. rev. e atual. até a EC 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros: 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito internacional*. 10ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do artigo 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/1999). In *Revista Dir. Adm.. Rio de Janeiro*, 237: 271-315, jul/set. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376/44830>>. Acesso em: 9 jan. 20.

A TUTELA GRADUAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS NA CADH. REDUÇÃO DA POBREZA E DESIGUALDADE SOCIAL. VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Ailton Schramm de Rocha

RESUMO: O artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos determina progressividade na concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais. O dispositivo é complementado pelo Protocolo de São Salvador, cujas disposições em favor da implementação do Estado Social foram incorporadas também pela Constituição brasileira de 1988. Uma das situações mais complexas e que são alvo da proteção convencional diz respeito à luta pela redução de desigualdades sociais e setores da população que vivem em extrema pobreza. O princípio da proibição de retrocesso é a chave para se compreender a necessidade de contínuo avançar dos esforços dos Estados-partes na construção de políticas públicas consistentes na promoção dos direitos sociais e que a involução desses direitos, embora possível, podem ocorrer em casos absolutamente excepcionais e submetidos a sopesamento com base na proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos econômicos, sociais e culturais. Proibição de Retrocesso. Pobreza. Desigualdade. Proporcionalidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Convenção Americana de Direitos Humanos; 3. Direitos econômicos, sociais e culturais; 4. Progressividade; 5. Desenvolvimento progressivo. Luta contra a pobreza e a desigualdade social; 6. Vedação ao retrocesso; 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A tutela gradual dos direitos econômicos, sociais e culturais, objeto de proteção da Convenção Americana dos Direitos Humanos, exige constantes esforços dos Estados Partes na sua concretização. Para que a promoção dessa classe de direitos seja efetiva e modifique a realidade de extrema desigualdade e injustiça social – que é característica histórica dos países latino-americanos, em especial o Brasil – é fundamental compreender o que esse conjunto peculiar de direitos significa.

O artigo 26 do Pacto de San José da Costa Rica associa a característica da progressividade aos direitos econômicos, sociais e culturais. O alcance dessa expressão interessa tanto na esfera do direito internacional, como no direito interno, aqui em particular a inserção da norma no direito positivo brasileiro. Como ponto central de interesse deste trabalho, avalia-se a concretização de direitos como a igualdade, no contexto social, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, dado o contexto da realidade de profunda injustiça social no Brasil, com camadas da população muito pobres e expostas a cotidianas violações a direitos humanos.

De fato, para a compreensão da efetividade da norma convencional referida no artigo 26 do Pacto de San José, é necessário perquirirem-se o significado da expressão “direitos econômicos, sociais e culturais” e o alcance normativo que é conferido ao dispositivo pelos diferentes sistemas de proteção dos direitos humanos, entre os quais aqueles que têm destacada atuação no contexto regional da América Latina, com os posicionamentos da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, bem como, no contexto interno, dos órgãos jurisdicionais brasileiros.

2. A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, consiste em fundamental etapa na longa caminhada de afirmação de direitos. Subscrita pelo Brasil no ano de 1969 e ratificada no ano de 1992, não há dúvidas sobre sua ampla efetividade tanto no plano do direito internacional como no plano do direito positivo brasileiro, os quais devem ser compreendidos como sistemas que se intercomunicam e se complementam (TRINDADE, 1999, p. 31).

O Pacto de San José da Costa Rica faz referência aos princípios sociais da Carta de Organização dos Estados Americanos e foi complementado por meio do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de São Salvador” (17.11.1988). Como observa Comparato (2003, p. 362), decidiu-se deixar o conteúdo dos direitos econômicos, sociais e culturais para um Protocolo à parte na expectativa de que os Estados Unidos aderissem à Convenção Americana, fato que, no entanto, até hoje não se realizou.

A adesão não unânime pelos Estados americanos não retira a importância do instrumento normativo no contexto latino-americano. Como destaca Piovesan (2011, p. 124), “a Convenção Americana, como um verdadeiro ‘código interamericano de direitos humanos’, foi ratificada por 25 Estados traduzindo a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; e b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos.”

O Protocolo de São Salvador, de sua parte, adaptou ao contexto regional o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que estabelece a obrigação dos Estados em reconhecer e progressivamente implementar os direitos sociais. A regionalidade tem se mostrado marca característica do avançar progressivo na implantação dos direitos sociais. A política de atuação regional termina por ser mais efetiva, na medida em que a justiciabilidade dos direitos internacionais se torna mais factível nessa dimensão (TRINDADE, 1999, p. 34). No continente africano, a “African Charter on Human and Peoples’ Rights”; na Europa, a Carta Social, de 18.10.1961 (NEUER, 2009,

p. 20). O Projeto Constitucional da Convenção Europeia de 16.12.2004 por sua vez, terminou por ser rejeitado pela França e Holanda, razão pela qual os Estados-Membros passaram a direcionar esforços para a aprovação do Tratado de Lisboa, ocorrido efetivamente em 2007, momento em que se aprovou a vinculatividade da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Na América Latina, a existência do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Fundamentais, composto pela Comissão Interamericana e pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, como órgãos estruturados e permanentes, é parte imprescindível nos esforços pela afirmação dos direitos humanos.

A Convenção Americana atribuiu à Corte Interamericana as funções consultivas e de solução de casos contenciosos (TRINDADE, 1999, p. 46). Embora nem todos os Estados que participam da Corte Interamericana de Direitos Humanos tenham aderido à Convenção Americana de Direitos Humanos, para os Estados que a adotaram esta passou a ser o principal instrumento normativo a legitimar a Corte Interamericana.

A relevância da Convenção Americana se apresenta não apenas no espectro do direito internacional, como também no redimensionamento interpretativo que produz no âmbito do direito interno dos Estados que a acolheram.

No plano internacional, diversos julgamentos – alguns deles referidos na parte final deste trabalho – têm se notabilizado pela influência e responsabilização de Estados por descumprimento de normas protetivas de direitos humanos contempladas no Pacto de San José. “A Corte Interamericana, por meio de uma interpretação dinâmica e evolutiva, inspirada na indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, tem permitido avanços na proteção dos direitos sociais” (PIOVESAN, 2011, p. 129).

No Brasil, importantes mudanças no ordenamento jurídico foram motivadas pela Convenção Americana. Tome-se como exemplo eloquente a compreensão de que se tornou ilícita a prisão civil de depositário infiel, em atenção a dispositivo previsto na Convenção, e que ocorreu mutação constitucional no disposto no art. 5^a da Constituição restringindo ainda mais a possibilidade de prisão de natureza não penal no país¹⁵³³. O Superior Tribunal de Justiça ainda em 2006 reconheceu a plena normatividade dos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, inclusive seu status *supralegal*¹⁵³⁴, e por se tratar caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano¹⁵³⁵ tese que afinal veio a ser consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo da inovação posterior da Emenda 45/04 que confere status constitucional das normas internacionais sobre direitos humanos, quando ratificadas por decreto legislativo que atente aos mesmos requisitos procedimentais aplicá-

1533 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 466343, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

1534 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RESP 914253. Relator Min. Luiz Fux, DJe 04/02, 2010.

1535 Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, *Demétrios Nikolaos Nikolaidis*, Brasil, Relatório No. 117/12, Petição No. 86/07, Inadmissibilidade, 13 de novembro de 2012.

veis às emendas constitucionais. A inovação constitucional é importante para assegurar o posto de primazia dos tratados que versam sobre direitos humanos, sem prejuízo de posicionamentos minoritários relevantes, que com muita propriedade lhe atribuem status constitucional mesmo quando não passem pelo rito especial de internalização (PIOVESAN, 2013, p. 128).

A relação de complementaridade entre as jurisdições no âmbito internacional e interno já foi inclusive ressaltada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. “É preciso observar, contudo, que a Corte Interamericana, em diversos precedentes, não tem mais feito referência ao critério hierárquico de solução normativa. Essa linha de pensamento permite compreender o alcance da jurisdição desse órgão internacional, não como sendo hierarquicamente superior a este Tribunal, mas como verdadeira fonte de colaboração para a garantia dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal, tal como prevista pelo § 2º.”¹⁵³⁶

Outro recente exemplo do impacto da Convenção Americana sobre o direito interno reside na instrumentalização e incorporação na rotina judicial brasileira da realização das audiências de custódia como etapa processual obrigatória nas prisões em flagrante no país¹⁵³⁷.

Registre-se ainda a Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985¹⁵³⁸, que interpreta dispositivos da Convenção Americana e cuja normatividade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 511.961/SP¹⁵³⁹ em conhecido tema relacionado à liberdade de expressão e inexigência de diploma universitário como condição obrigatória para o desempenho da profissão de jornalista.

Quando se fala em efetivação dos direitos sociais, porém, as dificuldades são notórias. Embora importantes a garantia e o reconhecimento de direitos pelos Estados-partes, a interpretação da sua abrangência impõe desafios, dados os termos genéricos em que disposta a descrita proteção aos direitos sociais. Além disso, o fato de o artigo 26 da Convenção cunhar a necessidade de observância – de forma progressiva – dos direitos “econômicos, sociais e culturais” significa admitir a ineficiência do modo pelo qual tais direitos são garantidos aos indivíduos. É sabido que os direitos sociais tendem a demandar dispêndio maior do Estado, rearranjo de serviços públicos e realocação orçamentária.

1536 Voto-Vogal do Ministro Edson Fachin. *In* Brasil. Supremo Tribunal Federal, ADI 1055, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017. p. 10.

1537 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

1538 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *A Filiação obrigatória de jornalistas (Artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Opinião Consultiva OC-05/85, 13 de novembro de 1985, Série A No. 05

1539 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 511961, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-04 PP-00692 RTJ VOL-00213-01 PP-00605.

Para a plena aplicabilidade do artigo 26, pressupõe-se um esforço maior dos Estados-membros na adoção de políticas inclusivas. Em seu literal teor, estabelece o dispositivo convencional que “Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”

A disposição do artigo 26, conquanto traçada apenas em linhas gerais, não deve ser compreendida como dispositivo normativamente vazio, desprovido de juridicidade. Possui força normativa, a qual não se deve apenas à aprovação subsequente do Protocolo de São Salvador, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, e ratificado pelo Brasil no ano de 1995, que imprimiu os efetivos contornos de seu conteúdo. Em ordenamentos jurídicos com intensa legislação protetora dos direitos sociais – como é o caso brasileiro, cujo rol de direitos econômicos sociais e culturais é expressamente contemplado pela Constituição – a interpretação do artigo 26 deve ganhar abrangência correspondente ao contexto dos direitos sociais plenamente reconhecidos pelo direito interno.

Os termos genéricos do dispositivo contido no tratado internacional requerem equacionamento conforme a realidade jurídica dos Estados Partes. Nada obsta, portanto, que o sistema internacional de promoção dos direitos humano exija o pleno cumprimento do disposto no artigo 26 a partir do conteúdo autorizado pelas normas jurídicas do direito positivo que lhes confere o pleno significado. Nesse sentido, pode-se falar, no caso brasileiro, de ampla equivalência entre os chamados DESC “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” e aqueles que, no direito constitucional, são reconhecidos como direitos sociais. A Constituição de 1988 contempla proteção, com status de direito fundamental, dos direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

3. DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

A interpretação dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito internacional tem contornos peculiares em relação ao estudo dos direitos sociais no âmbito do direito positivo em razão da contingência de adesão interpretativa dos representantes dos diversos Estados-membros e em virtude do caráter descentralizado e limitada coercitividade de suas disposições.

Os direitos humanos, conquanto tenham a marca da universalidade e indivisibilidade e potencialmente aplicáveis de forma global, na prática têm obtido proteção

mais efetiva mediante os órgãos regionais de proteção. “Embora tenha havido questionamentos iniciais contra a instauração de sistemas regionais de direitos humanos, especialmente por parte das Nações Unidas com sua ênfase na universalidade, os benefícios de se contar com tais sistemas são hoje em dia amplamente aceitos. Países de uma determinada região freqüentemente têm um interesse compartilhado em proteger os direitos humanos naquela parte do mundo, e existe a vantagem da proximidade no sentido de influenciar reciprocamente seu comportamento e de assegurar a concordância com padrões comuns, coisa que o sistema global não oferece” (HEINZ et al, 2006).

Nesse contexto a Convenção Americana de Direitos Humanos ganha ainda maior relevância, na medida em que representa a norma de direito internacional mais importante no contexto interamericano. “Os direitos humanos sociais experimentaram uma adesão contínua da comunidade internacional. A observância desse consenso fático, ainda que ele em si não represente um critério de verdade e de correção no sentido filosófico, gera um efeito altamente pacificador e um critério superior de autodeterminação por meio daqueles que se sujeitam juridicamente. Já se fala, por isso, de fundamentos de legitimação prática para a vinculatividade dos direitos humanos sociais” (NEUER, 2009, p. 21).

Para serem cumpridos em maior dimensão, os direitos humanos requerem sejam reconhecidos como direitos nos ordenamentos jurídicos dos Estados. Tanto mais são propensos à proteção se vêm reconhecidos não apenas como direitos mas como direitos fundamentais. Na lição de Bobbio (2004, p. 30), “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”. No Brasil, a internalização dos direitos econômicos, sociais e culturais, por obra da Convenção Americana ocorreu com sua ratificação em 1992, mas desde 1988 a Constituição brasileira já os incluía entre os principais valores protegidos.

A ampla proteção constitucional dos direitos sociais, porém, ainda está longe de alcançar plena efetividade. Para ilustrar essa afirmação, basta a lembrança de normas de direitos sociais contempladas pela Constituição de 1988, mas cuja realidade de incidência se distancia da promessa constitucional, a exemplo do direito do trabalhador ao salário mínimo “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo” (art. 6º).

A expressão “direitos econômicos, sociais e culturais” é adotada com freqüência por normas internacionais para definir aqueles direitos humanos que não se enquadram na categoria de direitos civis e políticos. São os direitos de segunda geração, comumente difundidos na doutrina jurídica como direitos sociais, como o direito a saúde, trabalho,

educação e previdência social. A segunda geração de direitos não substitui a primeira leva de direitos fundamentais, mas a complementa e lhe dá nova significação, razão pela qual muitos teóricos do direito constitucional preferem denominar a conhecida classificação de Karel Vasak como dimensão de direitos e não geração de direitos (PIOVESAN, 2013, p. 232). Mas como adverte Boaventura Sousa Santos (2014, p. 42), “Digo chamadas gerações de direitos humanos porque a expressão remete para uma história linear e sequencial dos direitos humanos que está muito longe dos fatos na esmagadora maioria dos países. De fato, o reconhecimento sequencial dos direitos humanos segundo uma lógica de gerações, tal como foi teorizada por T. H. Marshall (1950, p. 1-85) (primeiro, direitos cívicos, depois, direitos políticos e, por fim, direitos econômicos e sociais), só tem alguma correspondência na história moderna da Inglaterra. Na maioria dos países, a história dos diferentes tipos de direitos humanos é uma história muito contingente, acidentada, cheia de descontinuidades, com avanços e recuos. Mas é evidente que a consagração dos diferentes tipos de direitos humanos põe em movimento processos políticos diferentes”.

Os direitos econômicos, sociais e culturais em geral suscitam prestações a cargo do poder público, ainda que, em algumas ocasiões, obrigações possam recair sobre particulares. No Brasil, por exemplo, os programas sociais de transferência de renda recaem diretamente sobre o Estado. Mas o aumento do salário mínimo, além de afetar evidentemente muitas obrigações estatais, também interfere nas relações trabalhistas individuais. Seja qualquer uma dessas formas, a intervenção dos direitos sociais nas relações humanas se baseia na convicção de que resolve uma necessidade do indivíduo que impede o seu desenvolvimento como pessoa e a livre eleição de planos de vida de quem quer que se encontre nessa situação (PECES-BARBA, 1999, p. 28).

A expressão “direitos econômicos, sociais e culturais” é adotada em normas internacionais, assim como na Constituição portuguesa (art. 9º, d), também referida simplesmente como direitos sociais, direitos a prestações ou ainda “princípios rectores da política social y económica”, no capítulo terceiro da Constituição espanhola (CANOTILHO, 2008, p.53). De fato, como explica Jorge Miranda (2005, p. 204) os direitos econômicos são para garantia da dignidade do trabalho; os direitos sociais, “segurança na necessidade e direitos culturais como exigência de acesso à educação e à cultura e em último termo de transformação da condição operária.”

Os direitos econômicos referem-se à produção e à distribuição de riqueza e portanto ligado às relações de trabalho. Os direitos sociais se preocupam em estabelecer um padrão de vida digno à população, com acesso aos serviços básicos como saúde, educação e moradia (MEYER-PFLUG E LISBOA, 2013, p. 29). Já os direitos culturais estão ligados a um ideal de consciência de identidade individual e coletiva, inserção presente no mundo, reconhecimento da história e valorização das manifestações simbólicas da

humanidade (NEVES, 2007, p. 7). Canotilho (2000) define cultura como “um acervo de saber em que os participantes na comunicação se munem de interpretações para se entenderem sobre alguma coisa no mundo” (p. 1.428).

José Afonso da Silva (2009, p. 287) chega a afirmar que os direitos sociais valem como “pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.

Os direitos sociais tiveram reconhecimento jurídico-constitucional em momento histórico posterior aos direitos políticos. “Depois da revolução industrial do século XIX e das primeiras conquistas dos movimentos sindicais em vários países, os direitos da “segunda geração” surgiram, em nível constitucional, somente no século XX, com as Constituições do México (1917), da República Alemã (1919) e também do Brasil (1934)” (KRELL, 1999, p. 240).

A compreensão de um Estado social passa por uma mudança de paradigma, que deixa de ser meramente repressiva, dirigida à defesa frente à perturbações da ordem e orienta-se a fins positivos. O modo e alcance da coexistência entre o Estado de direito e o Estado social dependem que o Estado de Direito esteja disposto a uma “intervenção apropriadora sobre o produto social” que dependa de prestações econômicas públicas inclusive com o fim de redistribuição (BÖCKENFÖRDE 2000, p. 129).

É muito relevante a classificação de Jellinek, a respeito das quatro posições que o indivíduo pode ocupar perante o Estado. São os status ativo, passivo, positivo e negativo. No status ativo ele é o titular de direitos que lhe permitem participação na vida política do Estado. O direito de votar e ser votado se insere nesse exemplo. O status passivo é o modo de ser do indivíduo perante o Estado, no qual ele se submete como súdito à administração e força política estatal. É o caso do indivíduo que pode ser autuado por multa, ou outro tipo de sanção em caso de descumprimento de normas de trânsito por exemplo. O status negativo significa as posições jurídicas dos direitos de defesa, aqueles para os quais tradicionalmente se pensa o indivíduo titular de direitos para cuja fruição o Estado nada deve fazer (em termos, como a doutrina há muito já pontuou). E o status positivo representa aquela posição em que o sujeito recebe prestações do Estado como titular de benefícios ou vantagens próprias do Estado do Bem Estar Social. Nesse caso o interesse individual coincide com o interesse estatal e faz nascer pretensões jurídicas (*Ansprüche*) sobre a atividade estatal e coloca à disposição do indivíduo remédios jurídicos para realizá-las (JELLINEK, 1912, p. 127).

Mas há muito já se demonstrou o quanto é falacioso pensar que os direitos sociais configuram uma categoria de direitos com uma natureza diferente, como uma justificativa para postergar sua concretização, quando não simplesmente ignorá-los. Não há na verdade diferença de substância ou natureza entre os direitos tradicionalmente

reconhecidos como civis e os direitos sociais. A visão que cria essa dicotomia entre os direitos termina por naturalizar a omissão do Estado quando posterga indefinidamente a promoção dos direitos sociais (ABRAMOVICH e COURTIS, 2004, p. 23; NOVAIS, 2010, p. 43).

A abordagem mais correta dos direitos sociais é aquela que os compreende em seus quatro níveis de proteção: obrigações de respeitar, proteger, garantir e promover. A obrigação de respeitar significa uma obrigação negativa, uma não intromissão do Estado para não obstar o indivíduo o acesso dos direitos sociais. Por exemplo, a adoção de políticas fiscais que impeçam a tributação de rendimentos de pessoas pobres. Proteger é a obrigação que impõe ao Estado, por medidas legislativas inclusive, o dever de evitar que terceiros interfiram nesse direito (VAN HOOFF, 1984, p. 106). Tome-se como exemplo a proibição de constrição judicial por dívida do único bem para moradia da família (NOVAIS, 2010, p. 98). Já as obrigações de garantir e promover são as frequentemente associadas aos direitos sociais, por envolver políticas públicas com resultados a longo prazo. Garantir significa a efetivação de medidas já previstas e contempladas na prática jurídica, mas que nem sempre acontecem. Como exemplo, pode-se falar do acesso a medicamentos fornecidos gratuitamente pelo Estado, mas que podem faltar em dado momento, por questões de gestão de orçamento público. As funções de garantia têm maior facilidade de ingerência do Poder Judiciário, uma vez que o caminho traçado para a sua concretização já costuma ser guiado por rotinas e protocolos do serviço público, não raro já com previsão orçamentária específica, de modo que o ativismo judicial nesses casos acontece em menor grau. As funções de promoção, no entanto, implicam um maior esforço do Estado, inclusive no sentido de ampliar o rol de usuários e de escolha do padrão de serviço do Estado.

Mas tudo isso são apenas tendências de definição das diferentes formas de promoção e garantia dos direitos sociais, pois, como adverte Novais (2010, p. 98), existem direitos de respeito com custos (ex. não expropriar sem indenizar), e direitos de promoção sem custo (aprovação de lei habilitadora do exercício do direito).

A proteção dos direitos sociais demanda reinterpretação dos direitos de primeira geração, o que faz revisar as antigas noções e marcos distintivos tradicionais dos direitos fundamentais. Não se discute que a igualdade é um direito fundamental de primeira dimensão e cuja plena aplicação exige, como é há muito reconhecido, não só a aplicação formal pela compreensão de que “a mesma lei vale para todos”, mas a necessidade de adoção de medidas desiguais, o propósito de diminuir o imenso desequilíbrio social. A igualdade é direito fundamental reconhecidamente de primeira geração, mas que passou por reinterpretação de seus contornos com o advento do Estado social. Direitos como saúde, educação, previdência e trabalho têm correlação imediata com o ideal de igualdade, muito além da perspectiva liberal em que este inicialmente era reconheci-

do, nos primórdios do constitucionalismo moderno. E na medida em que os direitos sociais são alçados à categoria de direitos fundamentais, impõe-se a nova significação das normas que asseguram a igualdade. Esta deve ser entendida em coerência com os direitos econômicos, sociais e culturais. Medidas mais enérgicas com o propósito de promoção da igualdade são necessárias no contexto de afirmação de direitos sociais. As ações afirmativas, por exemplo, em proteção a afrodescendentes, mulheres e minorias vulneráveis da população, constituem avanço inquestionável na ressignificação do ideal de igualdade e são instrumentos eficazes de reparação de injustiças sociais.

O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente ressaltado a importância de implementação dos direitos sociais, conforme a máxima efetividade. “O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.”¹⁵⁴⁰ A Corte Constitucional brasileira também reconhece a fundamentalidade dos direitos sociais a partir da previsão de uma cláusula aberta de direitos fundamentais contemplada no artigo 5º, §2º, da Constituição de 1988.¹⁵⁴¹

A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece que a realização dos econômicos, sociais e culturais é gradual, na medida em que depende, em muitos casos, de recursos financeiros vinculados às possibilidades econômicas do Estado. Mas adverte, por outro lado, que essa limitação de ordem material não pode ser manipulada com o objetivo de o Estado exonerar-se de suas obrigações constitucionais.¹⁵⁴²

4. PROGRESSIVIDADE

A progressividade dos direitos sociais em certa parte é uma confissão de sua frágil coercitividade, mas orienta para um lugar diferente, de uma construção paulatina e mediata dos direitos sociais, naquilo que HESSE (1991, p. 24) define como uma ponte entre ser e dever ser, mas sem admitir retrocesso do que já se conquistou.

A importância da progressividade dos direitos sociais deve ser pensada não apenas para momentos de crescimento econômico, mas sobretudo para momentos de crise.

Os direitos sociais atuam no acesso a bens da vida que são escassos. A escassez impõe um custo e esse custo implica redistribuição de renda em alguma medida. Ama-

1540 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 5938, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 20-09-2019 PUBLIC 23-09-2019). p. 3.

1541 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 4066, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018). p.5.

1542 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 811.608/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 314)

ral (2010, p. 172) observa que “a escassez pode se dar não apenas quanto a recursos financeiros, mas também quanto a recursos não financeiros. Falta de especialistas, falta de equipamentos etc. Conquanto no médio-prazo isto seja uma questão resolvida com recursos, no curto prazo, não resolvem”. A progressividade na promoção de direitos sociais encontra uma justificativa fática e até razoável, quando se pensa, em prestações de curto prazo, mas não se sustenta quando a omissão é de longo prazo.

O planejamento na realização do Estado Social é essencial para que se faça uso racional dos recursos públicos. Desse modo, “requer então uma adequada relação entre fins e meios, tendo em conta que não se pode chegar àquele repentinamente, uma vez que a planificação que lhe é inerente implica por si só uma graduação dos fins que há de ser alcançados” (VERDU, 2007, p. 114).

Para um Estado de Direito que pretenda fazer frente à complexa rede de relações na vida atual, a alocação de recursos públicos deve ser precedida de estratégias que consigam acompanhar a complexidade da distribuição social de recursos.

A política redistributiva não pode ser demasiadamente lenta, sob pena de se ofender a progressividade a que se refere a Convenção Americana. No contexto brasileiro, por exemplo, em que há profunda e histórica desigualdade social, essa lentidão é mais do que evidente. Levantamento realizado em 2006 estimou que, se o Brasil continuasse a reduzir o coeficiente de Gini – medida mais utilizada no mundo para comparar a distribuição de renda na população – em 0.7 ao ano, em duas décadas o país poderia finalmente alcançar um patamar de justiça social, com melhor distribuição de riqueza na população (SOARES, 2010). O referido índice, porém, não declinou no ritmo desejado e até se elevou nos últimos anos.

A progressividade não é elemento intrínseco ao direito social, mas circunstâncias externas de ordem social, econômica, política e cultural condicionam e limitam a sua concretização.

5. DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO. LUTA CONTRA A POBREZA E A DESIGUALDADE SOCIAL

O Protocolo de São Salvador, que define o conteúdo dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, expressamente dispõe sobre a necessidade de erradicação da pobreza e diminuição as desigualdades sociais, norma que se encontra harmônica com objetivo fundamental definido na Constituição brasileira, em seu artigo 3º: “*Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.*”

A luta contra a pobreza extrema e a profunda desigualdade social é um dos pontos de partida essenciais na afirmação dos direitos humanos. A relevância do tema é manifesta, uma vez que se cuida de fenômenos sociais presentes em diferentes regiões do mundo, mas particularmente acentuados na América Latina.

Sarlet (2017) relembra que, por ocasião da revolução francesa, já se discutia em torno do reconhecimento do direito à subsistência e dos “direitos do homem pobre” e que a Constituição Francesa de 1793 inseriu o denominado “direito dos necessitados aos socorros públicos”.

A erradicação da extrema pobreza é uma obrigação do Estado, com a garantia de recursos mínimos para uma existência digna, que se estabelece como direito fundamental em suas dimensões subjetiva, fazendo nascer a pretensão jurídica para aqueles que se encontram em situação de necessidade, e objetiva, na medida em que “fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (SARLET, 2009, P. 143). E na qualidade de direito fundamental, a proteção quanto aos efeitos deletérios da condição de miserabilidade econômica decorre da necessidade de preservação da própria vida e da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2009, p. 309).

No plano do direito internacional, a ideia de mínimo existencial ou “minimum core” favorece um novo padrão jurídico rechaçando o relativismo da “progressiva realização” dos direitos sociais. Essa compreensão abre caminho para que se exija o cumprimento dos direitos sociais em etapas concretas, deliberadas e visadas (YOUNG, 2008).

Alerta Sarmento (2016), no entanto, que “o mínimo existencial não pode ser empregado para justificar genericamente a denegação de prestações materiais previstas na própria Lei Fundamental, mas que nele não se insiram – e.g., benefícios previdenciários superiores ao salário mínimo, gratuidade das universidades públicas, 13º salário para trabalhadores e servidores públicos etc. Ele não permite que o intérprete se converta em uma espécie de censor conservador do poder constituinte, com a faculdade de reduzir a proteção social conferida expressamente pela própria Constituição, para descartar ou negar eficácia a tudo aquilo que não repute tão essencial.”

Pobreza “é o estado de privação de um indivíduo cujo bem-estar é inferior ao mínimo que sua sociedade é moralmente obrigada a garantir. A pobreza em uma sociedade é o agregado dos estados de privação dos seus membros” (OSORIO et al, 2011). Reduzir a pobreza e a desigualdade social exigem adoção de medidas progressivas pelos Estados-partes da Convenção e por conseguinte sobre esse compromisso também incide a conclusão de que a “Da aplicação progressiva dos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais, como também a proibição da inação ou omissão estatal” (OSORIO et al, 2011).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de considerar a extrema pobreza e a marginalização como condições do indivíduo que obrigam o Estado à “adoção de medidas positivas, determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre.”¹⁵⁴³ Em diversos julgamentos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou a pobreza como fenômeno multidimensional, que enseja proteção ao indivíduo por meio de diferentes mecanismos.¹⁵⁴⁴ Ressalta ainda que “o direito à vida está consagrado em diversos instrumentos e, conforme eles, a existência de pobreza extrema, com tendência crescente no país, significa a negação dos direitos econômicos, sociais e culturais, compreendendo os direitos a uma alimentação adequada, à saúde, à alimentação e ao trabalho.”¹⁵⁴⁵

A Organização das Nações Unidas traçou a Meta 10.1, de “até 2030, progressivamente alcançar e sustentar o crescimento da renda dos 40% da população mais pobre a uma taxa maior que a média nacional.” Especificamente em relação ao Brasil, preconiza que o país alcance e sustente até 2030 “o crescimento da renda dos 40% da população mais pobre a uma taxa maior que a renda média dos 10% mais ricos” (NACOESUNIDAS.ORG, 2020).

Para combater a pobreza e a desigualdade, é necessário em primeiro plano conhecer os diferentes tipos de pobreza que existem no país, suas peculiaridades regionais e a partir daí uma intervenção específica. “A dimensão continental do país, as diferenciações estruturais de sua economia, sua diversidade espacial, as disparidades regionais, sub-regionais e urbanorurais de níveis de desenvolvimento fazem com que, no complexo mosaico social brasileiro, ocorram situações de pobreza extremamente variadas” (ALBUQUERQUE, 1995). A mesma conclusão se obtém a partir das diferentes realidades dos países da América Latina, que integram a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Importante também compreender que existe a pobreza e a extrema pobreza. Ou seja, há vários níveis de pobreza e diferentes medidas de políticas públicas que podem ser aplicadas.

1543 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. “*Instituto de Reeducación del Menor*” c. *Paraguay*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C Nº 112, par. 262; *Comunidade Moiwana* c. *Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C Nº 124, par. 186; Voto do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* c. *Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de outubro de 2016, Série C No. 318. par. 316; *Massacre de Pueblo Bello* c. *Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C Nº 140, par. 111 e *Wong Ho Wing* c. *Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de junho de 2015. Série C Nº 297, par. 128.

1544 Voto do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* c. *Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de outubro de 2016, Série C No. 318. Organização das Nações Unidas, *Relatório apresentado pelo Especialista Independente encarregado da questão dos direitos humanos e a pobreza extrema*, Sr. Arjun Sengupta, A/HRC/5/3, 31 de maio de 2007, pars. 6 ao 11.

1545 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. Voto parcialmente concordante e parcialmente dissidente do juiz Ramon Fogel. *Comunidade Indígena Yakye Axa* c. *Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 17 de junho de 2005, Série C No. 125. Par. 28.

Como ferramenta de aferição dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) (2000-2015), o Banco Mundial desenvolveu indicador denominado “Linha Global de Pobreza Extrema” para delimitar a população que se encontrasse em situação de extrema pobreza, cujo marco limite eram aquelas pessoas que subsistiam com menos de US\$ 1,25 por dia (dólares americanos). Atualmente a linha se encontra em U\$ 1,90 por dia e também constitui o marco de referência para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU (OEA, p. 24).

No mundo inteiro, um critério adotado para diagnosticar a situação de pobreza é a curva de Gini. Trata-se de índice que mede a desigualdade relativa de distribuição de renda (MOREIRA, 2009). No Brasil, pesquisa realizada em 2018 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, denominada Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua – constatou que o índice de Gini do “rendimento médio mensal real domiciliar *per capita*, que varia de zero (igualdade) até um (desigualdade máxima), foi estimado em 0,545 em 2018. Entre 2012 e 2015 houve uma tendência de redução (de 0,540 para 0,524), que foi revertida a partir de 2016, quando o índice aumentou para 0,537, chegando a 0,545 em 2018. Quando calculado para o rendimento médio mensal recebido de todos os trabalhos, o Índice de Gini foi de 0,508 em 2012, caindo até 0,494 em 2015 e voltando a subir até 0,509 em 2018” (IBGE, 2020).

Apesar de não ser um índice que seja livre de problemas, na medida em que requer seja complementado por outras metodologias para um levantamento mais preciso (HOFFMAN, 1991), trata-se de um importante indicativo de desigualdade.

O levantamento da “PNAD Contínua 2018” verificou ainda que, entre as regiões brasileiras, “as Regiões Sul (0,448) e Centro-Oeste (0,486) apresentaram os menores índices e, no Nordeste, ele alcançou 0,520. De 2017 para 2018, no Norte, Sudeste e Sul esse indicador subiu, enquanto no Nordeste e Centro-Oeste houve retração. De 2015 a 2018, a trajetória ascendente do indicador foi mais acentuada no Norte (de 0,490 para 0,517) e no Sudeste (de 0,483 para 0,508)” (IBGE, 2013).

Em agosto, a Fundação Getúlio Vargas divulgou estudo “A Escalada da Desigualdade”, a partir dos microdados da PNAD Contínua. A desigualdade de renda domiciliar per capita do trabalho no país aumentou por 17 trimestres consecutivos. Houve queda de renda média do trabalho naqueles que se encontravam em idade ativa, mas a perda mais forte ocorreu “entre os jovens entre 20 e 24 anos (-17,76%) entre analfabetos (-15,09%), entre moradores da região Norte (-13,08%) e Nordeste (-7,55%) e pessoas de cor preta (-8,35%)” (NERI, 2019, p. 10).

O estudo confirma, portanto, que no Brasil o contexto de desigualdade é ainda mais perverso porque associado a racismo estrutural contra a população negra, reflexo de sociedade escravocrata que se enraizou no país (SCHWARCZ, 2015, p. 92).¹⁵⁴⁶

1546 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Prelimina-

Também as mulheres são historicamente discriminadas, a partir de estereótipos de gênero, com colocação em mercado de trabalho desigual e acúmulo de dupla jornada. Nesse tópico, a situação vivenciada no Brasil não destoia do contexto observado na América Latina.¹⁵⁴⁷

O histórico de desigualdade histórica e estrutural quanto a grupos sociais específicos da população promove a chamada discriminação indireta, que consiste em “impactos diferenciados prejudiciais de normas ou práticas que, embora tenham aparência neutra e não tenham intenção discriminatória, de fato o são por seus efeitos.”¹⁵⁴⁸

Importante conceito relativo à compreensão da pobreza é o de interseccionalidade. A pobreza em muitos casos é resultado de um processo de exclusão produzida por múltiplos fatores que se somam para constituir uma forma acentuada de discriminação. “A intersecção destes fatores em uma discriminação com características específicas constituiu uma discriminação múltipla que, por sua vez, constituiu uma discriminação interseccional. Entretanto, nem toda discriminação múltipla, necessariamente, está associada a interseccionalidade.”¹⁵⁴⁹ De fato, uma norma, aparentemente neutra, pode consistir na prática em violação ao direito à igualdade.¹⁵⁵⁰

Nesse contexto, a pobreza em muitos casos é consequência e se torna a causa para ainda mais discriminação.

Trata-se de alerta para a necessidade de que as políticas públicas eficientes não retrocedam. Com efeito, indicadores como os levantamentos sociais indicados acima não podem ser ignorados. Apontam a necessidade de medidas urgentes contra a regressão de conquistas sociais.

Programas sociais como Bolsa Família (Lei 10.836/04), benefício assistencial com base na Lei Orgânica de Assistência Social (Lei 8.742/93) e transferências indexadas ao salário mínimo contribuíram consideravelmente para uma distribuição de renda mais equânime no país (SOARES, 2010).

De acordo com Relatório Econômico da OCDE 2018, “o Brasil continua sendo um dos países mais desiguais do mundo. Metade da população tem acesso a 10%

res, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de outubro de 2016, Série C No. 318.

1547 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *González e outras ('Campo Algodoeiro') c. México*, Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 16 novembro 2009, Série C No 205, par. 401; e *Velásquez Paiz e Outros c. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de novembro de 2015. Série C No. 307, par. 180.

1548 Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Solicitação de parecer consultivo à Corte Interamericana de Direitos Humanos – Alcance das obrigações dos Estados, no âmbito do sistema interamericano, sobre as garantias à liberdade sindical, sua relação com outros direitos e sua aplicação com uma perspectiva de gênero, 31 julho 2019, par. 57. Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Caso Artavia Murillo e outros (Fecundação in Vitro) c. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2012. Série C No. 257, par. 286.

1549 *Acevedo Buendía e Outros ("Demitidos e aposentados da controladoria") c. Peru*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de julho de 2009, Série C No. 198.

1550 Comitê de Direitos Humanos, Comunicação No. 993/2001, *Althammer c. Áustria*, 8 de agosto de 2003, par. 10.2 e Comentário Geral No. 18, *Não discriminação*, 37º Período de Sessões, 1989, par. 10.

do total da renda familiar enquanto a outra metade tem acesso a 90%. Graves desigualdades continuam a colocar mulheres, minorias raciais e jovens em desvantagem. Trabalhadores homens recebem 50% mais do que as mulheres, uma diferença 10% maior do que na média dos países da OCDE. As mulheres também estão mais propensas a desempenhar trabalho informal. A pobreza é alta entre as crianças e o desemprego entre os jovens é mais do que o dobro da média geral. Essas desigualdades tendem a potencializar umas às outras, limitando consideravelmente a capacidade de parte da população de realizar seu potencial produtivo e melhorar de vida.” O referido relatório destaca os benefícios de programas sociais e afirma que existe uma estreita relação entre aumento da produtividade e crescimento mais inclusivo. Defende que “As condicionalidades associadas à frequência escolar e aos exames médicos também ajudam a reduzir as desigualdades na educação e na saúde, o que, por sua vez, fortalece a produtividade.” Essa conclusão, no entanto, entre não é compartilhada como consenso.

Critica-se a criação de exigências cruzadas para condicionar a concessão de transferência de renda mínima a matrículas em escola ou vacinação, políticas cujo propósito moral é compreensível, mas que na prática termina por ser condicionante que restringe o acesso ao mínimo existencial. Conforme destacam Osório, Soares e Souza (2011) não se deve admitir a criação “de mais condicionalidades e também ao aumento de funções do PBF. Todas as políticas públicas devem na esfera de sua competência contribuir para a redução da pobreza em suas várias dimensões, e podem e devem usar o Cadastro Único e serem articuladas com o PBF sempre que pertinente, mas deve ser evitada a tentação de colocar progressivamente toda a responsabilidade sobre a política social nos ombros do PBF. É a política educacional, por exemplo, que tem a responsabilidade de melhorar o desempenho escolar das crianças, e não a condicionalidade educacional do PBF, até porque a qualidade da educação tem que ser melhorada para todas as crianças da rede pública, não só para as beneficiárias do PBF. Essa tentação pode surgir em função do desnível de eficiência e efetividade do PBF em relação a outros programas e ações, porém, tal competência provém justamente do alto nível de especialização do PBF em desempenhar sua principal função: fazer transferências de renda para os pobres.”

A meta de redução da pobreza extrema e redução das desigualdades sociais é valor acolhido como princípio nos instrumentos internacionais de afirmação de direitos humanos, bem como na Carta Constitucional brasileira. Mas existe uma distância ainda muito grande entre o reconhecimento desse objetivo, por um lado, e a proteção, por outro, dos direitos subjetivos vinculados à maior igualdade entre as pessoas, que dotem aos prejudicados instrumentos concretos para syndicar seus interesses legítimos. Nesse contexto, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas já observou que a ausência de uma proteção judicial adequada pode comportar a violação de um direito social reconhecido pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos,

Sociais e Culturais, pois é dever dos Estados garantir recursos judiciais efetivos para a proteção dos direitos do Pacto.¹⁵⁵¹ No mesmo sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posiciona. “Não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontre.”¹⁵⁵²

Há quem aponte contradição lógica entre o ideal de solidariedade e o estabelecimento de direitos subjetivos. Argumenta-se que a promoção de direitos sociais alimenta uma noção de contrariedade e a pressuposta identificação de polos ativo e passivo na relação jurídica prestacional, evento que contraria a noção de solidariedade que deve imperar nessa área. “La solidaridad no puede ser expresada primariamente en términos de derechos (subjetivos), porque ella implica la idea de ‘tenderle la mano’ a la otra persona, un elemento de supresión del yo y sacrificio hacia el otro, y el derecho por su misma naturaleza como un medio de adjudicar pretensiones en conflicto y el principio de ‘ganar o perder’ viola el momento de autonegación que subyace al encuentro de la solidaridad” (ATRIA, 2004). De fato, o ideal de solidariedade não se ajusta à noção de lide, oposição de interesse e conflito. Mas direitos humanos são resultado de conquistas e lutas históricas. “Existe uma luta contínua, incessante, dentro do Direito” (VERDU, 2007, p. 130), que tem característica ainda mais acentuada, quando se refere a direitos com efeito distributivo, como é o caso dos direitos sociais.

Com efeito, conforme ressalta Neuer, “os direitos humanos sociais são questionados sobretudo em perspectiva econômico-liberal. Há que assinalar, de modo pontual, que a garantia dos direitos humanos sociais constitui primariamente um problema distributivo e não um problema de escassez. Prestações sociais precisam evidentemente ser alcançadas economicamente à população, pois as maiores crises de fome da história moderna mostram que essas catástrofes frequentemente não foram resultado de uma falta de alimentos, mas se reconduziam fundamentalmente a problemas de distribuição unilateral” (2009, p. 26).

O fato é que, independentemente de previsões mais pessimistas sobre o desenvolvimento da humanidade, é importante estar atento à construção, preservação e aprimoramento de mecanismos constantes de valorização de medidas que realmente proponham a igualdade de direitos entre os indivíduos.

A redução da pobreza é resultado de políticas sociais e econômicas inclusivas. Respondem como um termômetro ante o sucesso ou fracasso das medidas adotadas.

1551 Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas. *Trujillo Calero c. Ecuador*, comunicação n.º 10/2015, 26 de março de 2018, par. 9.7.

1552 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Ximenes Lopes c. Brasil*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 4 de julho de 2006, Série C No. 149, par. 103. *Baldeón García c. Perú*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 6 de abril de 2006, Série C No. 147, par. 81. *Vereda La Esperanza c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 341, par. 240.

A igualdade não significa projetar para o nivelamento econômico de toda a sociedade, mas para pôr fim a disparidades que levem ao aumento da pobreza extrema e com isso privem os indivíduos ao acesso de direitos fundamentais. É direito fundamental que encontra justificativa em si mesmo. Compreendida que é como um senso de justiça de que todos, independentemente de variedade de etnia, gênero, idade, condição física e mental, possa gozar livremente seus direitos na sociedade sendo protegidas das barbáries, da opressão da maioria e dos ultramodernos mecanismos de alienação e exclusão. Mas a igualdade também é ponte para o exercício de outros direitos como vida, saúde, educação, moradia, lazer e trabalho.

O conceito de igualdade e não discriminação incorpora duas concepções: “(...) uma concepção negativa relacionada à proibição de diferenças de tratamento arbitrárias, e uma concepção positiva relacionada à obrigação dos Estados de criar condições de igualdade real frente a grupos que tenham sido historicamente excluídos ou que se encontram em maior risco de ser discriminados.”¹⁵⁵³

A mudança em políticas públicas eficientes pode e deve ocorrer como um ajuste necessário diante de propósito de maior eficiência, ainda que possa eventualmente não ser bem sucedida, já que o seu objeto de atuação é uma sociedade viva e complexa, cujos caminhos não podem ser antevistos completamente pelo Estado. O que não se pode admitir é a simples adoção de medidas notoriamente retrocessivas, porquanto evidentemente violam o dever de progressividade na promoção dos direitos sociais.

Desse modo, por ser um fim em si mesmo, a construção de uma sociedade mais justa e com distribuição de renda mais equânime não deve retroceder. Aceitar a simples deficiência dos direitos sociais como dado acabado é apenas mais uma forma de se naturalizar a pobreza e a desigualdade social.

6. VEDAÇÃO AO RETROCESSO

“A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que parece haver pouco a ser distribuído” (ALEXY, 2008, p. 513). Essa afirmação resume a dificuldade de compreender linha que divise os direitos fundamentais sociais. A progressividade na concretização dos direitos fundamentais impõe dificuldades de compreensão quanto à extensão do direito e sua resistência em face de crises econômicas e políticas.

O princípio da vedação ao retrocesso se origina com a crise do Welfare State, na segunda metade do século XX (SANTOS, 1997, p. 214). Os direitos sociais mos-

¹⁵⁵³ Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Solicitação de parecer consultivo à Corte Interamericana de Direitos Humanos – Alcance das obrigações dos Estados, no âmbito do sistema interamericano, sobre as garantias à liberdade sindical, sua relação com outros direitos e sua aplicação com uma perspectiva de gênero, 31 julho 2019, par. 54. Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Furlán e familiares c. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C No. 246, par. 267.

traram-se custosos para os Estados, havendo a necessidade de um redesenho do papel governamental na sua ingerência e participação no fomento às necessidades básicas da vida individual (CUNHA, 2011). No contexto da América Latina essa realidade não se verificou, em virtude das graves deficiências na promoção dos direitos sociais e desigualdade econômica.

No Brasil, o Estado Social ganhou proteção mais consistente com a Constituição de 1934, porém de curta vigência, logo substituída pela Carta de 1937, de tendência autoritária. A Constituição de 1946 retomou os avanços sociais da Carta de 1934. “No plano social, entretanto, apesar das suas múltiplas promessas, o certo é que, aos olhos do povo – que, inconscientemente, antropomorfiza as instituições –, a Constituição de 1946 nada fez para melhorar a sua qualidade de vida” (COELHO, 2009, p. 197).

A atual Constituição de 1988 ampliou consideravelmente o rol dos direitos sociais e estabeleceu como seus princípios-objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. (art. 3º) Apesar do relevante compromisso constitucional, notou-se no país uma deficiente promoção dos direitos sociais, ausente da grande maioria da população brasileira, cuja desigualdade só passou a ter um processo de redução mais consistente muito mais tarde, no final dos anos 90 e primeira década dos anos 2000 (SOARES, 2010, p. 368).

Com a Constituição de 1988, a proibição de retrocesso é princípio interpretativo dos direitos sociais e no Brasil é alçado à qualidade de norma fundamental. Mas o seu significado ainda está longe de encontrar conceito uniforme na doutrina e jurisprudência. Existe controvérsia sobre o alcance das normas que protegem os direitos sociais na Carta de 1988, embora prevaleça a orientação de que configuram direitos fundamentais e dotados de aplicabilidade imediata (SARLET, 2009, p. 280).

O princípio da proibição de retrocesso se aplica às políticas de redução da desigualdade social, combate à pobreza, na medida em que não se pode cogitar em progressividade dos direitos sociais num ambiente em que esses fenômenos sociais, indicativos de profundo desarranjo social, estejam avançando.

Três acepções são admitidas no que se refere à proibição de retrocesso. Numa primeira mais ampla, significa o discurso político da implementação dos direitos fundamentais, ou seja, sua colocação em prática. Tem valor simbólico importante, porém padece de certa vagueza de conteúdo e apropriações segmentárias com maior frequência. Num sentido mais restrito, a proibição ao retrocesso compreende a ideia de que não se devem eliminar direitos contemplados constitucionalmente. A legislação não pode suprimir direitos fundamentais, mas pode restringi-los interpretativamente. Na interpretação ainda mais restrita sobre o tema, vedação ao retrocesso implica proibir a diminuição na qualidade dos direitos já reconhecidos. Qualidade aqui entendida

como um melhor uso daquilo que foi conquistado, o que pode significar adoção de mecanismos que ampliem o número de destinatários verdadeiramente beneficiados, ou na melhoria do próprio serviço ou acesso ao bem social. “A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui” (DERBLI, 2007, p. 202).

A proibição do retrocesso social significa a interdição de se atingir o núcleo essencial dos direitos sociais. Devem ser consideradas inconstitucionais medidas que venham suprimi-lo sem mecanismos compensatórios (CANOTILHO, 2000, p. 339). Falar em núcleo essencial ou admitir-se um sopesamento do seu conteúdo de modo flexível são opções interpretativas que apresentam riscos diferentes. Em obra mais recente, Canotilho pondera que “o recorte de um ‘núcleo essencial’ de direitos, liberdades e garantias perfilava-se como o último reduto de garantia contra as leis e medidas agressivamente restritivas desses direitos. Hoje, parece-se reconhecer-se que a determinação da essência de um direito não é tarefa fácil, sobretudo quando ela se coloca perante os juízos de balanceamento de bens de direitos em caso de conflito. Por outro lado, defende-se, nalguns trabalhos, que a sua autonomia dogmática acaba por ser residual, dado que se trata apenas de um conceito-limite, depois da operacionalização hermenêutica do princípio da justa medida e da razoabilidade. Em terceiro lugar, contesta-se a própria bondade jurídico-dogmática deste conceito, dizendo-se que, como postulado nascido no pós-guerra, pretendia apenas reforçar, no plano geral, a garantia da liberdade e dos direitos pessoais. Não é este o lugar para retomar a gênese da ‘essência das essências dos direitos, mas, damos como jurídico-constitucionalmente adquirido que o núcleo essencial desempenha um papel relevante na garantia dos direitos. Mas de que direitos? Este é o ponto central da presente nota. (CANOTILHO, 2010, p. 26/27)

A cláusula de proibição de retrocesso não quer dizer que a restrição de direitos fundamentais não possa de forma nenhuma ocorrer, mas exige que se definam parâmetros importantes para a sua salvaguarda. Reconhece que há progressividade, ou seja, existe um tempo de tolerância para a construção de mecanismos de proteção eficazes à concretização dos bens sociais. E, em razão de sua paulatina e planejada efetivação, que ainda está longe de alcançar patamar razoável, deve por isso mesmo caminhar no sentido de aprimoramento e não na via contrária, da deterioração.

Há decerto uma contradição entre normatividade e progressividade. Se algo vale como jurídico, pode ser exigido o seu cumprimento hoje. Se se entende que é algo

progressivo e portanto ainda não completamente tangível, é reconhecida a fraqueza desse direito e a possibilidade legítima de ele não ser cumprido. É errôneo acreditar, no entanto, que melhor seria se não houvesse assim proteção alguma.

O direito progressivo tem dimensão principiológica. Alexy (2006, p. 90) ensina que princípios constituem mandamento de otimização, tendo vários níveis de cumprimento conforme o caso concreto.

Ao associar a necessidade de progressiva redução da pobreza e desigualdade econômica à vedação do retrocesso, não se pretende por via indireta permitir maior frouxidão na avaliação de regresso de proteção de demais direitos sociais. Se de um modo geral, a avaliação de retrocesso é imediatamente considerada suspeita de produzir violação do direito e por isso deve ser submetida ao crivo do controle constitucional (SARLET, 2015, p. 613, NOVAIS, 2010, p. 201) a avaliação de razoabilidade ou proporcionalidade carece de ainda maior rigor, na medida em que a redução da desigualdade, fome e pobreza compreendem o mínimo existencial e orientados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, direito fundamental basilar e que orienta a interpretação de todos os demais (SARLET, 2009, p. 309).

É preciso assinalar que a proibição de retrocesso é princípio do direito internacional, na medida em que reconhecido em diversas normas que regem relações entre diferentes soberanias. Como observa Courtis (2006, p. 8), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais assegura no artigo 2.1 a proibição de retrocesso e que significa em admitir-se em primeiro lugar uma certa gradualidade na promoção dos direitos, ou seja, eles levam um tempo para se formarem, com flexibilidade, mas não admite interpretação que prive a obrigação de conteúdo significativo. Courtis observa ainda que o referido artigo do PIDESC é ainda mais expressivo do que o artigo 26 da Convenção Americana, na medida em que naquele artigo a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais deve ser promovida o compromisso de cada Estado-parte se dá “até o máximo de seus recursos disponíveis” ao passo que na Pacto de São José é utilizada a expressão “na medida dos recursos disponíveis”. O autor recorda ainda previsões semelhantes protetoras da implantação progressiva dos direitos sociais nos Princípios de Limburgo e nas Diretrizes de Maastrich (COURTIS, 2006, p. 13).

A importância e aplicabilidade da proibição de retrocesso não se limita aos direitos sociais, embora este seja o campo onde sua ausência é mais sentida, na medida em que, como já se expôs, é no rol dos direitos sociais em que a justificativa de elevados custos e redução de prioridades se apresenta vez ou outra como fundamento para sua restrição. Ou quando pior, rejeita-se a efetividade sob o fundamento de que são normas programáticas e equivocadamente interpretam a expressão “progressivamente” como uma autorização para ignorar os compromissos assumidos.

Admitida a existência do princípio de proibição ao retrocesso tanto no plano internacional como interno, o passo seguinte é saber o que ele realmente significa, qual o seu alcance e limitação.

As entidades do Sistema Interamericano de Proteção e Promoção dos Direitos Humanos nas Américas, a saber Comissão Interamericana dos Direitos Humanos e a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhecem a aplicabilidade do artigo 26, que versa sobre a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Com efeito, há precedentes relevantes em matéria de proteção ao direito do trabalho¹⁵⁵⁴, direito à saúde¹⁵⁵⁵, direito ambiental¹⁵⁵⁶ e sobre não cumprimento de decisões judiciais e não pagamento de aposentadorias e pensões¹⁵⁵⁷ (PIOVESAN, 2016, p. 119).

Destaque-se, no âmbito específico dos direitos sociais, o julgamento do caso *Lagos Del Campo c. Peru*¹⁵⁵⁸, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos pronunciou pela primeira vez sobre a aplicação do artigo 26, que versa sobre a aplicação progressiva dos direitos econômicos, culturais e sociais (STF, Secretaria de Documentação, 2018). Na ocasião, a Corte Interamericana concluiu que a progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais significa a obrigatoriedade de que o Estado-membro legisfere em prol dos direitos sociais: "A respeito dos direitos trabalhistas específicos protegidos pelo artigo 26 da Convenção Americana, a Corte observa que os seus termos indicam que são aqueles direitos que derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA. Agora, os artigos 45.b e c194, 46195 e 34.g196 da Carta estabelecem que "[o] trabalho é um direito e um dever social" e que esse deve ser prestado com "salários justos, oportunidades de emprego e condições de trabalho aceitáveis para todos". Da mesma forma, determinam que o direito dos trabalhadores e das trabalhadoras a se "associarem livremente para a defesa e promoção dos seus interesses". Além disso, indicam que os Estados devem "harmonizar a legislação social" para a proteção desses direitos.¹⁵⁵⁹ O referido caso é de fundamental importância porque foi a primeira vez em que a Corte Interamericana declarou a violação do artigo 26 da Convenção Americana.¹⁵⁶⁰

1554 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Lagos Del Campo c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 340. Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. *Milton García Fajardo e outros*, Nicarágua, Relatório No. 100/01, Caso No. 11381, Mérito, 11 outubro 2001, par. 8°.

1555 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Poblete Vilches e Outros c. Chile*. Mérito. Reparações e Custas. Sentença de 8 de março de 2018. Série C No. 350.

1556 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. Parecer consultivo sobre meio ambiente e direitos humanos, Opinião Consultiva OC OC 23/2017, de 15 de novembro de 2017, solicitado pela República da Colômbia. Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. *Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus Miembros*, Peru, Relatório No. 69/04, Petição No. 504/03, Admissibilidade, 15 de outubro de 2004.

1557 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Acevedo Buendía e Outros c. Peru*, de 1° de julho de 2009.

1558 *Lagos del Campo c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 340.

1559 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Lagos del Campo c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 340 par. 143.

1560 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Relatório Anual da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Corte San José, C.R. : A Corte, 2018 227 p. 56.

Também importante por em relevo o julgamento do caso *Poblete Vilches c. Chile*¹⁵⁶¹ ocasião em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com base na interpretação inclusive do artigo 26 da Convenção Americana, concluiu pela responsabilidade parcial do Estado com caso de prestação deficiente de saúde que culminou na morte de paciente (STF, Secretaria de Documentação, 2018). Decidiu-se que o direito à saúde é um direito autônomo protegido pelo artigo 26.¹⁵⁶²

No âmbito do direito interno, por sua vez, o princípio da proibição de retrocesso, já reconhecido por grande parte da doutrina nacional, consolida-se jurisprudencialmente.

O Supremo Tribunal Federal, na qualidade de Corte Constitucional, tem se orientado pela proteção dos direitos sociais e aplicado a proibição de retrocesso como princípio interpretativo “cuja incidência não permite que se suprimam ou que se reduzam os níveis de concretização já alcançados em tema de direitos fundamentais”¹⁵⁶³

Especialmente na área ambiental a aplicação do princípio significou a impossibilidade de de retrocessão legislativa, quando atinge núcleo essencial dos direitos fundamentais.¹⁵⁶⁴

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento repetitivo, inadmitiu alteração normativa que retirou o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário, o que foi considerado um retrocesso “incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente.”¹⁵⁶⁵ Há precedentes ainda em matéria de direito administrativo, ambiental¹⁵⁶⁶, urbanístico¹⁵⁶⁷ e civil¹⁵⁶⁸.

Abramovich (2010, p. 207) defende a adoção do critério da razoabilidade, vista como devido processo legal substancial. E como método interpretativo auxilia a compreensão de que níveis de restrição de direito fundamental podem ser admitidos e aqueles que configuram injustificável retrocesso. A razoabilidade leva em conta as cir-

1561 *Poblete Vilches e Outros c. Chile*. Mérito. Reparações e Custas. Sentença de 8 de março de 2018. Série C No. 350

1562 Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Poblete Vilches e Outros c. Chile*. Mérito. Reparações e Custas. Sentença de 8 de março de 2018. Série C No. 350. par. 174.

1563 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 6218 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 10/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020 p. 41

1564 “As alterações promovidas pela Lei n. 12.678/2012 importaram diminuição da proteção dos ecossistemas abrangidos pelas unidades de conservação por ela atingidas, acarretando ofensa ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental, pois atingiram o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição da República.” Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 4717, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 14-02-2019 PUBLIC 15-02-2019.

1565 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1411258/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2017, DJe 21/02/2018.

1566 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1800781/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 24/09/2019

1567 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 302.906/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2010, DJe 01/12/2010, REsp 1680699/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 19/12/2017)

1568 Precedentes em que se fez uso da interpretação analógica “em respeito ao princípio da vedação ao retrocesso social, que proíbe sejam extintos do ordenamento direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.” Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1249227/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 25/03/2014. REsp 1329993/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 18/03/2014.

cunstâncias fáticas que motivaram a restrição ao direito, podendo até considerar válida a limitação, mas para isso estabelece uma inversão do ônus da prova, ou seja, o Estado deve demonstrar cabalmente a necessidade de regressão do direito fundamental.

A razoabilidade é de fato ínsita à noção de progressividade que acompanha a concretização dos direitos sociais. A aplicabilidade dos direitos fundamentais já é objeto de aplicação de interpretação conforme a razoabilidade, na medida em que, devido à sua relatividade, colidem invariavelmente na vida prática com outros direitos fundamentais. No que se refere aos direitos sociais, em muitos casos a contingência de recursos públicos pode significar a quem escolher a prioridade na implementação.

Pode-se admitir a excepcional possibilidade de restrição de direitos sociais em razão de crises econômicas financeiras graves. Em nenhuma possibilidade, o retrocesso pode atingir o núcleo essencial do direito afetado, sob pena de se anular por completo a norma assecuratória.

No lugar da razoabilidade, Alexy oferece critério interpretativo para a ponderação de bens em conflito, qual seja a máxima da proporcionalidade. Parte do pressuposto de que princípios são mandamentos de otimização, orientados a evitar “sacrifícios desnecessários aos direitos fundamentais” (2008, p. 591).

A adoção da proporcionalidade, tal como proposta por Alexy (2008), ainda que persiga o mesmo fim da razoabilidade, é técnica interpretativa completamente diferente, na medida em que estabelece três etapas para a sua consecução, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação de medida restritiva encontraria fundamento caso propicie o fomento a outros direitos fundamentais. A necessidade, quando não houvesse outro caminho senão a restrição. E a proporcionalidade em sentido estrito, tida como a menor restrição possível em proteção aos demais direitos fundamentais implicados no sopesamento. Importante salientar que se pode falar ainda da relação entre a proibição de retrocesso e a ideia de proporcionalidade, na apreciação de uma possível proteção insuficiente do direito fundamental social (Untermaßverbot) (SILVA, 2002, p. 27).

Pode-se concluir que, de acordo com a teoria de Alexy, a proibição de retrocesso é autêntico princípio, na medida em que consiste em mandamento de otimização na promoção dos direitos fundamentais.

7. CONCLUSÃO

A concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais implica a mudança de *status quo* e depende de políticas estatais. O que não significa que sua tarefa seja inalcançável. Existe um lugar para ela. E esse lugar está muito bem definido na Convenção Americana de Direitos Humanos e sedimentado na Constituição brasileira de 1988.

O Protocolo de São Salvador é importante instrumento complementar à Convenção Americana na tarefa de precisar o conteúdo dos direitos sociais, bem como os mecanismos de sua concretização.

A progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais é uma realidade na medida em que é tarefa complexa e de longo prazo os Estados interferirem em processos de distribuição de renda e, por conseguinte, padrões de desigualdade já assentados sobre a economia local.

Uma das metas mais importantes, senão a mais importante entre os compromissos internacionais assumidos nessa dimensão regional, consiste na atenção a grupos sociais que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Ao mesmo tempo em que se assegura que os Estados-partes tenham a livre determinação e assim possam dispor de suas riquezas e recursos naturais, a justiça social é tida como expressão basilar dos direitos humanos. A redução das desigualdades sociais deve ser um objetivo constante.

A proibição de retrocesso é princípio que decorre da determinação de implantação gradual dos direitos sociais. Se, por um lado, se admite um déficit na concretização desses direitos, não se devem conceber, por outro, normas que signifiquem a supressão de políticas públicas bem sucedidas.

A diminuição da intensidade na promoção dos direitos sociais pode até acontecer em situações excepcionais, em graves crises econômicas com intensa repercussão financeira na vida cotidiana dos indivíduos. A proporcionalidade, em suas três etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, é critério que compreende o princípio como um mandamento de otimização, ou seja, a ser aplicado na maior medida possível.

A proibição de retrocesso é nesse contexto uma autêntico princípio, por meio do qual se examina a proteção efetiva ou insuficiente do direito fundamental ao longo do tempo. Esse funil interpretativo deve se mostrar tanto mais rigoroso quando se refira a políticas de combate à pobreza extrema e desigualdade social, já que são condições diretamente ligadas à dignidade da pessoa humana e o próprio direito à igualdade, ideias-limite sobre as quais o ônus argumentativo da retrocessão deve ser ainda mais elevado.

Por outro lado, por mais frustrante que seja a morosidade na gradual implementação dos direitos humanos e, em especial, dos direitos sociais, não se deve render à tentação de acreditar que deles se deve desistir ou que funcionem como mero esforço retórico. Propostas consistentes na diminuição de desigualdades e contenção de injustiças sociais existem. Requerem sejam mantidas e ampliadas.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004.

ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *Sur, Rev. int. direitos human.*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 188-223, 2005. Disponível em <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em 15/01/20.

ALBUQUERQUE, Roberto Cavalcanti de. *Estratégia de desenvolvimento e combate à pobreza*. Estud. av., São Paulo, v. 9, n. 24, p. 75-116, Aug. 1995. Disponível em <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em 22/01/20.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ATRIA, Fernando. *Existen Derechos Sociales? Discusiones*. Núm. 4, Ano 2004. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsf352>. Acesso em 11/01/20.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y La Democracia*. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Secretaria de Documentação, CAD 1ª. Edição. Brasília: agosto de 2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/textos/>>. Acesso em 30/01/20.

CAMBIAGHI, Cristina Timponi; VANNUCHI, Paulo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH): reformar para fortalecer*. Lua Nova, São Paulo, n. 90, p. 133-163, Dec. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. Estudo sobre direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2008.

_____. O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). *Direitos fundamentais sociais*. CANOTILHO, JJ. Gomes et al (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010. p.11/32.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3.ed. rev. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. A experiência constitucional brasileira: da Carta Imperial de 1824 à Constituição Democrática de 1988. MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en matéria de derechos sociales: apuntes introductorios. *Ni un paso atrás – La prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales*. COURTIS, Christian (org). Buenos Aires: Del Puerto, 2006. P.3-52.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. *O princípio da proibição do retrocesso social como norte para o desenvolvimento do direito à saúde no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em 11/01/20.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

NERI, Marcelo C. *A escalada da desigualdade – Qual foi o Impacto da Crise sobre a Distribuição de Renda e a Pobreza?* Rio de Janeiro: FGV Social, agosto de 2019. Disponível em <<https://cps.fgv.br/desigualdade>>. Acesso em 20/01/20.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. Comparação Esquemática dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos: Uma Atualização. *SUR—Revista Internacional de Direitos Humanos*, v.3, n.4, São Paulo, 2006.

HOFFMAN, Rodolfo. O índice de Desigualdade de Theil-Atkinson, *Revista Brasileira de Econometria*, Ano IX, n.2, nov. 1991.

HOOF, van GJH. The legal nature of Economic, Social and Cultural Rights. A Rebuttal of Some Traditional Views. In Alston, Philip e Tomasevski, Katarina. *The right to food*. Dordrecht: Nijhoff, 1984. p. 97-110.

IBGE. Agência de Notícias. Disponível em: < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/> >. Acesso em 05/01/20.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbettivi*. Milão: Societá Editrice Libreria, 1912.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999.

MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro e LISBOA, Roberto Senise. Artigo 1^a. In BALERA, Wagner Balera e SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (coord.) e COUTO, Mônica Bonetii (org.). *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Clássica, 2013. p. 27-37.

MIRANDA, Jorge. *Estado social e direitos fundamentais. Doutrina: Edição Comemorativa 15 anos*. Brasília: STJ, 2005. p. 199-219.

MOREIRA, Renata Couto et al . Políticas públicas, distribuição de renda e pobreza no meio rural brasileiro no período de 1995 a 2005. *Rev. Econ. Sociol. Rural*, Brasília , v. 47, n. 4, p. 919-944, Dec. 2009. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20032009000400006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 30/12/19.

NACOEUNIDAS.ORG. Disponível em < [HTTP://www.nacoesunidas.org](http://www.nacoesunidas.org). > Acesso em 11/01/20.

NEUER, Jörg. *Os direitos humanos sociais*. DPU Nº 26 – mar-abr/2009 – Assunto Especial - Doutrina.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. *Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Inter-American Commission on Human Rights. Unit on Economic, Social and Cultural Rights. *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas : aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 7 de septiembre de 2017 I* [Preparado por la Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. p. ; cm. (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II)

OSÓRIO, Rafael Guerreiro; SOARES, Sergei Suarez Dillon; SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de. *Erradicar a pobreza extrema: um objetivo ao alcance do Brasil*. Brasília, Ipea, maio de 2011.(TD 1619).

PECES BARBA, Gregorio. "Los derechos económicos sociales y culturales: apunte para su formación histórica y su concepto". *Derechos económicos, sociales y culturales y Positivismo Jurídico*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*.14. ed., rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2013.

_____. Proteção dos direitos sociais: desafios do ius commune sul-americano. *Rev. TST*, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011.

_____. Capítulo 3. Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. *Tema de direitos humanos*. 9 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Boaventura Sousa; CHAUI, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. 1^a ed. - São Paulo : Cortez, 2014.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

_____. *Algumas aproximações entre direitos sociais e mínimo existencial*. Conjur, 2017. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-set-01/direitos-fundamentais-algumas-aproximacoes-entre-direitos-sociais-minimo-existencial>. > Acesso em 23/01/20.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, DANIEL. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-110.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*. Vol. 8. n. 4. 2016.

SCHWARCZ, Lília Mortiz. *Brasil: uma biografia*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 798, 2002. p 23-50.

SOARES, Sergei Suarez Dillon. O ritmo na queda da desigualdade no Brasil é aceitável?. *Rev. Econ. Polit.* [online]. 2010, vol.30, n.3 [cited 2020-02-01], pp.364-380. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572010000300001&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0101-3157.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. *A Proteção Intemacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. 1999. Disponível em:<<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/API/article/view/3513/3635>>. > Acesso em 21/01/20.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Vol. I. 2ª Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

VERDU, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*; tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

YOUNG, Katharine G. The Minimum Core of Economic and Social Rights. A Concept in Search of Content. *Yale Journal of International Law*. Volume 33, Issue 1, Article 4, 2008. p. 121.

LITÍGIO ESTRATÉGICO PELO DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DA SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR: ANÁLISE DO CASO *EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS E SEUS FAMILIARES C. BRASIL* NA CIDH

Cláudia Loureiro

Catharina Lopes Scodro

RESUMO: Em 2018, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao analisar o caso *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus c. Brasil*, concluiu pela responsabilidade do Estado brasileiro pela violação dos direitos humanos pertinentes à vida e à integridade pessoal, em relação ao dever de especial proteção da infância, do direito ao trabalho, à igualdade e não discriminação, às garantias judiciais e à proteção judicial. Esse estudo, ao observar que a explosão da fábrica que causou 64 mortes e 6 feridos se deu no contexto das relações de trabalho, se propôs a analisar o caso, como litígio estratégico, à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como a possibilidade de garantia dos direitos pertinentes à saúde e segurança do trabalhador à luz do Direito Internacional. Para tanto, a partir do método de pesquisa dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, essa pesquisa delineou os contornos do direito humano ao trabalho seguro.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Trabalho. Saúde e segurança do trabalhador. Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Organização dos Estados Americanos e o sistema interamericano de direitos humanos; 3. Uma radiografia do caso dos *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares c. Brasil*; 4. A violação de direitos humanos no caso 12.428/CIDH e a promoção da proteção à saúde e segurança do trabalhador; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito Internacional, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos se propõe a, na circunscrição do continente americano – uma região com similitudes de ordem social, cultural e econômica – promover o desenvolvimento, a efetiva aplicação e a proteção dos direitos humanos, consolidando um “constitucionalismo regional” (PIOVESAN, 2010, p. 83).

Diante disso, a ação internacional urge como mecanismo frente à atuação ineficiente dos Estados no que tange à promoção e à garantia dos direitos humanos em seus territórios. Face à atuação deficitária, mediante denúncia, os Estados podem ser internacionalmente responsabilizados pela violação de direitos, como ocorreu no Caso dos

Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares c. Brasil perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse caso, a violação aos direitos à vida, à integridade e ao trabalho – a partir da morte e do ferimentos de dezenas de trabalhadores – resultou do exercício da atividade laboral sem condições de segurança efetivas, de sorte que o Estado não cumpriu seus deveres pertinentes à supervisão e fiscalização de atividades e operações perigosas. Diante disso, o meio ambiente laboral, enquanto sistema dinâmico que congrega a organização do trabalho, as relações interpessoais e as condições de trabalho, se encontrou em profundo desequilíbrio, lesando direitos humanos e fundamentais.

À vista disso, esse estudo propõe a análise crítica da segurança e saúde do trabalhador a partir do litígio estratégico do Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares c. Brasil, no qual a Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu pela responsabilidade do Estado, proferiu recomendações e remeteu à Corte.

Para tanto, a partir do método de pesquisa dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, com consulta às obras de Direito Ambiental, Direito do Trabalho, Direito Internacional, Direitos Humanos e aos instrumentos internacionais, serão analisados o Relatório n. 25/18, do Caso 12.428, proferido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; a relação entre os direitos violados, segundo a Comissão, pelo Estado brasileiro e a saúde e segurança do trabalhador; e, por fim, a proteção ao direito humano ao trabalho seguro pelo Direito Internacional, com ênfase no Sistema Interamericano.

2. A ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos tem como fundamento a Organização dos Estados Americanos, constituída pela Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948, além de estar assentado na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 (CIDH, 1948; OAS, 1948).

A Organização dos Estados Americanos é uma organização de natureza jurídica intergovernamental, cuja estrutura e organização não permitem o acesso direto do cidadão à Corte Interamericana de Direitos Humanos, congregando os interesses peculiares dos Estados pertencentes à região (MENEZES, 2013).

Como sistema regional de proteção aos direitos humanos, atua de forma complementar ao sistema global, consignando os interesses regionais dos Estados Americanos, sem olvidar dos tratados internacionais do sistema global que compõem o *hard core* da proteção dos direitos humanos.

Embora seja uma organização interestatal, a Organização dos Estados Americanos trabalha para que o sistema em estudo não se exima de sua principal função de propagar a evolução dos direitos humanos regionalmente. Entretanto, verifica-se uma dificuldade maior do que na União Europeia, por exemplo, de se implementar as decisões do sistema nos ordenamentos jurídicos internos, devido a aparente falta de eficácia e de efetividade das decisões e do sistema, respectivamente (CARVALHO RAMOS, 2012).

Nesse contexto, vale ressaltar, por exemplo, a dificuldade de realização do controle de convencionalidade pelos Estados, que apresentam empecilhos à adoção de políticas públicas destinadas à concretização dos direitos humanos nos países, bem como a adaptação de suas leis à interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

A Organização dos Estados Americanos é composta por diversos órgãos com funções específicas e típicas, mas que, aparentemente, carecem de força cogente e coercitiva para fazer com que os Estados se adequem à Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

A natureza jurídica intergovernamental da OEA ainda contribui para que os Estados aleguem a preservação da soberania estatal para justificar o não cumprimento de uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que não se justifica, uma vez que existem mecanismos eficazes para conferir força às decisões oriundas das instituições pertencentes ao Sistema Interamericano, a exemplo das Recomendações, do sistema de *follow-up* e da Supervisão de Cumprimento de Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como a provocação da Corte se dá através das remessas de casos pela Comissão, é inegável a contribuição deste órgão para a evolução da jurisprudência da Corte e, acima de tudo, para a concretização dos direitos humanos no âmbito regional com a realização do litígio estratégico para a condução de casos essenciais para o sistema e para a região (CANÇADO TRINDADE, 2013).

Feitas as breves considerações ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, cumpre ressaltar a previsão normativa que fundamenta as principais funções da Comissão que dizem respeito ao tema do artigo.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão consultivo da OEA que se destina a promover a observância e a defesa dos direitos humanos considerando direitos humanos em seu Estatuto como os direitos definidos na Convenção Americana de Direitos Humanos em relação aos Estados parte e na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem em relação aos Estados que não são parte. É um órgão que representa todos os Estados Membros da OEA, composto por sete membros de reputação ilibada e de notório e reconhecido saber em direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, s.d.).

Dentre suas funções, destacam-se, principalmente, a de estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América, formular Recomendações aos governos dos Estados para que adotem medidas progressivas para os direitos humanos e a de preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções.

Em seu Regulamento, verifica-se a reprodução da sua característica de órgão autônomo da OEA com a principal função de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e de servir como órgão consultivo da OEA, representando todos os Estados que a compõem com sete membros com reputação ilibada e notório saber em direitos humanos (CIDH, 1985).

Merece destaque a prerrogativa da CIDH de remeter casos à Corte Interamericana de Direitos Humanos se o Estado envolvido consentir em se submeter à jurisdição da Corte e se a Comissão considerar que este não deu andamento adequado às Recomendações contidas no relatório aprovado de acordo com o artigo 50 do Regulamento (CIDH, 1985).

Referida prerrogativa da Comissão é uma das mais relevantes uma vez que contribui para a realização dos direitos humanos envolvendo casos de alta gravidade através do litígio estratégico (CONTRERAS, 2011).¹⁵⁶⁹ Nesse contexto, interessante destacar o litígio estratégico como:

En derechos humanos se compone de acciones de actividad judicial encaminadas a garantizar la justiciabilidad de los derechos humanos ante las instancias nacionales o internacionales cuyo fin es avanzar en la modificación estructural de las normas y procedimientos del derecho interno, a efectos de abarcar con un caso o situación puntual un cambio legal con implicaciones sociales extensas (CONTRERAS, 2011).

Assim, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos se diferencia do Sistema Regional Europeu por não permitir o acesso direto dos indivíduos ao seu órgão jurisdicional, o que, a princípio, parece ser uma restrição a um direito fundamental, mas ao contrário, representa uma vantagem no contexto do litígio estratégico, uma vez que referido instituto contribui para a modificação estrutural do ordenamento jurídico interno dos Estados através de casos paradigmáticos.

1569 Nesse sentido, “Desde ese momento se considera que las clínicas del litigio deben buscar cambios sociales vinculando el proceso de formación del jurista con el interés público, intentando potenciar la sensibilidad social de estudiantes y profesionistas, al tiempo que se fortalece su adhesión a los valores de cierta deontología profesional.⁷ En este sentido, las clínicas de derechos humanos e interés público son un espacio de práctica de litigio de interés público y reflexión jurídica, en el que se trabaja sobre casos reales de violaciones de derechos humanos para que a través de ellas se genere, entre estudiantes y profesionales del derecho, un mayor grado de conciencia social así como la interacción con situaciones que se están llevando a cabo en la realidad y no sólo de manera hipotética. Mediante la enseñanza clínica se procura proveer un efectivo acceso a la justicia a víctimas que no tienen acceso a una defensa legal y que los y las estudiantes adquieran destreza profesional y entiendan el derecho como una herramienta de cambio social y generador de políticas públicas. Estas clínicas de litigio con compromiso social utilizan una estrategia que es conocida como litigio estratégico o paradigmático, pero también como litigio de interés público o de las causas justas” (CONTRERAS, 2011).

Portanto, a realização do litígio estratégico pelo Sistema Interamericano, especificamente pela Comissão, não caracteriza exclusão de direitos fundamentais, mas sim a possibilidade de conferir maior eficácia e efetividade aos direitos humanos no contexto de uma organização interestatal e intergovernamental, o que atende aos interesses interamericanos.

A CIDH ainda tem a função de apresentar relatórios anuais e outros relatórios sobre direitos humanos relativos a um determinado Estado, de acordo com os artigos 59 e 60 de seu Regulamento (CIDH, 1985).

Os relatórios anuais são apresentados à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos com a análise da situação dos direitos humanos na região, as Recomendações aos Estados sobre as medidas necessárias para fortalecimento dos direitos humanos, um relato sobre a origem, as bases jurídicas, a estrutura e fins da CIDH, a lista do período de sessões, a súmula das atividades de cooperação, relatórios sobre petições e casos individuais, relação de medidas provisionais e exposição do progresso alcançado na consecução da Convenção Americana de Direitos Humanos e na Declaração Americana.

A CIDH ainda poderá elaborar relatórios sobre os direitos humanos nos Estados, de acordo com o artigo 60 de seu Regulamento que, ao serem processados, são remetidos aos Estados para que formulem as observações que julgarem pertinentes dentro do prazo estabelecido pela Comissão. Recebidas as observações dos Estados, a Comissão avalia e decide se mantém ou modifica o seu relatório. Caso os Estados não apresentem nenhuma observação ao relatório, a Comissão o publica da forma como julgar apropriado. Ao ser aprovado o relatório, a CIDH, por intermédio da Secretaria-Geral, o transmite aos Estados Membros e à Assembleia Geral.

A elaborar um relatório, a CIDH analisa detalhadamente a situação dos direitos humanos em determinado país, ressaltando a posição do Estado frente ao Sistema Interamericano.

De maneira concreta, a CIDH centra sua análise nas obrigações contidas na Declaração Americana e na Carta da OEA, bem como em outros tratados interamericanos de direitos humanos dos quais o Estado é parte, bem como na Carta Democrática Interamericana, apresentando Recomendações ao Estado no sentido de propiciar a melhoria dos direitos humanos no país. Além disso, os relatórios podem estabelecer as bases para a apreciação das petições individuais submetidas à CIDH e de eventual encaminhamento de casos à Corte Interamericana.

Assim, os relatórios contribuem, de maneira relevante e particular para a evolução dos direitos humanos nos países, uma vez que os Estados são compelidos a observar as Recomendações, que, embora não tenham a natureza de *hard law*, não são desprovidas de força legal, conforme será explicitado oportunamente.

Portanto, com a elaboração dos relatórios, a CIDH constrói uma base jurídica e jurisprudencial extremamente relevante a partir dos documentos interamericanos para dialogar com a jurisprudência da Corte Interamericana, o que também influencia as decisões da CIDH de remeter casos à CorteIDH.

O Caso dos Empregados da Fábrica dos Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil, analisado pela CIDH, pode ser utilizado para a percepção das principais funções da CIDH, o que justifica um capítulo destinado ao estudo do caso.

3. UMA RADIOGRAFIA DO CASO DOS EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS E SEUS FAMILIARES C. BRASIL

Em 11 de dezembro de 1998, no município de Santo Antônio de Jesus, na Bahia, a explosão de uma fábrica de fogos de artifício resultou em 64 mortes, das quais quatro trabalhadoras se encontravam grávidas, e em 06 indivíduos feridos. Nesse município, popularmente conhecido pela produção ilegal de fogos de artifício, pela precariedade das instalações fabris para produção e pela situação miserável dos moradores, cerca de 10% da população se ocupava na indústria de fogos (SALVE!, 2004; CIDH, 2018-B, par. 35).

Localizada na zona rural do município, a fábrica de fogos estava instalada na propriedade de Osvaldo Prazeres Bastos e registrada em nome de seu filho, Mário Fróes Prazeres Bastos (CIDH, 2018-B, par. 41). À época do ocorrido, o estabelecimento possuía licença para funcionamento emitida pelo Ministério do Exército e pelo poder público municipal, bem como autorização para armazenamento de substâncias como nitrato de potássio e pólvora negra (CIDH, 2018-B, par. 44).

Posteriormente à explosão, em janeiro de 1999, foi realizada uma perícia técnica da Polícia Civil, que constatou que a motivação do ocorrido se deu pela ausência de segurança no local. Ainda, meses após essa perícia, em ofício datado de outubro de 1999, o Comandante da 6ª Região Militar informou ao Chefe da Polícia Civil que, pela inspeção de especialistas, constatarem-se irregularidades pertinentes aos depósitos; à fabricação de pólvora negra e de explosivos; ao armazenamento de materiais; à ausência de extintores de incêndio na maioria dos depósitos; à falta de arrumação dos depósitos; e, dentre outros, à falta de comprovação da origem dos produtos controlados (CIDH, 2018-B, par. 46-47).

Em decorrência das mortes e indivíduos feridos resultantes da explosão, tramitaram processos internos de natureza penal, cível, trabalhista e administrativa. No âmbito penal, o Ministério Público Estadual apresentou, em abril de 1999, acusação formal pelos crimes de homicídio doloso e tentativa de homicídio em face do proprietário da fábrica (Mário Fróes Prazeres Bastos), de seu pai (Osvaldo Prazeres Bastos) e de indivíduos que

exerciam funções administrativas na localidade (Ana Cláudia Almeida Reis Bastos, Helenice Fróes Bastos Lírio, Adriana Fróes Bastos de Cerqueira, Berenice Prazeres Bastos da Silva, Elísio de Santana Brito e Raimundo da Conceição Alves) (CIDH, 2018-B, par. 66).

Em sequência aos trâmites processuais, em novembro de 2004, pronunciou-se que os acusados seriam julgados pelo Tribunal do Júri. Diante disso, em 2007, observando que a influência econômica e política dos acusados na região poderia interferir no veredicto, o Ministério Público solicitou ao Tribunal de Justiça da Bahia a transferência do caso para a comarca de Salvador, obtendo êxito e gerando a interposição, por parte dos acusados, de recursos à de decisão, que não foram frutíferos.

Em outubro de 2010, cinco pessoas (Oswaldo Prazeres Bastos, Mário Fróes Prazeres Bastos, Ana Cláudia Almeida Reis Bastos, Helenice Fróes Bastos Lyrio e Adriana Fróes Bastos de Cerqueira) foram condenadas e três (Berenice Prazeres Bastos da Silva, Elísio de Santana Brito e Raimundo da Conceição Alves), absolvidas. Da decisão, os condenados interpuseram recursos ordinários que resultaram improcedentes e apresentaram recursos especiais e extraordinários. Segundo o Relatório n. 25/2018 (CIDH, 2018-B, par. 70-71), os recursos especiais não foram admitidos, razão pela qual os condenados interpuseram recurso de inconstitucionalidade que, de acordo com a informação disponível, ainda não haviam sido resolvidos até a data de elaboração do documento da Comissão Interamericana em 2018.

Na seara cível, foram interpostas duas ações, sendo uma contra a municipalidade de Santo Antônio de Jesus e Mário Fróes Prazeres Bastos e a outra contra Oswaldo Prazeres Bastos, Maria Juelieta Fróes Bastos e Mário Fróes Prazeres Bastos.

Na primeira, interposta em março de 2002, as supostas vítimas e os familiares interpuseram uma demanda no Juízo Federal da Seção Judicial Federal da cidade de Salvador, Bahia, pleiteando a reparação por danos morais e materiais, bem como a antecipação de tutela para os menores de 18 anos, que perderam suas mães na explosão.

Apesar do pronto deferimento da antecipação de tutela e, por conseguinte, do respectivo pagamento de pensões mensais, o Estado informou que o pagamento, em setembro de 2006, alcançou apenas cinco pessoas, com fundamento na não individualização dos indivíduos na decisão, na não representação, na não comprovação da guarda de parentes e, ainda, por alguns já não serem menores.

Diante disso, pelo elevado número de litisconsortes na demanda, houve um desmembramento do processo. Em consonância com o Relatório da Comissão Interamericana (CIDH, 2018-B, par. 70-77), até o momento de elaboração do documento em 2018, nenhum desses processos cíveis havia sido definitivamente resolvido.

Já a segunda demanda cível foi instaurada pelo Ministério Público do Estado da Bahia e por vários indivíduos em janeiro de 1999, no Tribunal de Primeira Instância

Civil do Estado da Bahia, para obter reparações por danos. Esse processo resultou em um acordo entre os demandantes e os demandados em 2013, o qual não surtiria efeito nos processos penais, trabalhistas ou outros civis conduzidos contra o Estado (CIDH, 2018-B, par. 70, 78, 79).

Em relação às demandas trabalhistas, foram instaurados 76 processos na Justiça do Trabalho de Santo Antônio de Jesus, dos quais 30 foram arquivados e 46, declarados improcedentes. Diante das decisões de improcedência, os demandantes interpuseram recurso ordinário perante o Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região, obtendo êxito na reversão da sentença de primeira instância para se determinar um novo pronunciamento.

Por conseguinte, reconheceram-se, nos processos, os vínculos trabalhistas com Mário Fróes Prazeres Bastos, bem como o direito de várias das vítimas e familiares à indenização. A Comissão, no entanto, não possui a informação atualizada acerca do recebimento do *quantum* indenizatório por parte dos demandantes, de sorte que, segundo informação do Estado, em outubro de 2006, alguns processos foram arquivados por não terem sido encontrados bens do executado, ora demandado, para garantir a execução (CIDH, 2018-B, par. 80-85).

Ressalte-se que, no contexto de um dos processos trabalhistas, a Juíza responsável admitiu que a produção de fogos em Santo Antônio de Jesus era majoritariamente clandestina, realizada no fundo dos quintais das residências, sem qualquer fiscalização adequada para a fabricação e o armazenamento de substâncias. Essa situação, segundo a magistrada:

[...] sempre se deu desta maneira e continua, na verdade, acontecendo, todos sabem disso, pois é fato público e notório: Ministério do Trabalho, INS, Prefeito, associação Comercial, Ministério Público, Judiciário, polícia civil e militar, igreja, sociedade em geral, sem que nenhum fabricante seja incomodado por desenvolver a atividade de maneira clandestina e, isso mesmo, ilegal [...] (CIDH, 2018-B, par. 39, 50).

Por fim, tramitou um processo administrativo, iniciado de ofício e instaurado pela 6ª Região Militar do Exército Brasileiro, amparado no Decreto n. 55.649, de 1965, vigente à época dos fatos¹⁵⁷⁰. Em decorrência dessa ação, concluiu-se que a fábrica de fogos em Santo Antônio de Jesus operava sem condições de segurança adequadas em suas instalações, o que oportunizou, por parte do Ministério do Exército, o cancelamento, em junho de 1999, do seu Certificado de Registro (CIDH, 2018-B, par. 86-89).

Em audiência realizada em outubro de 2006 perante a Comissão Interamericana, o Estado, no “Documento Síntese do Grupo de Trabalho – Políticas de Trabalho –

¹⁵⁷⁰ Esse Decreto foi revogado pelo Decreto n. 2.998/1999, que posteriormente foi revogado pelo Decreto n. 3.665/2000, o qual foi revogado pelo Decreto n. 9.493/2018. Na atualidade, o Regulamento de Produtos Controlados se dá pelo Decreto n. 10.030, de 2019.

Políticas públicas para a municipalidade de Santo Antônio de Jesus e a região” (CIDH, 2018-B, par. 38, 40), reconheceu que a situação de pobreza que acometia o município propiciava o labor das famílias em fábricas clandestinas. Ainda, consolidava o envolvimento de todo o núcleo familiar na produção, incluindo as crianças, a qual se dava em tendas, fábricas e nos domicílios particulares, sem instrumentos e/ou equipamentos de segurança adequados.

Nessa realidade de perigo constante para os trabalhadores, a conjuntura de pobreza e miséria presente se consolidava, a partir do pagamento de uma remuneração diminuta aos trabalhadores que se dava por produção, de sorte que a cada mil estalos produzidos, cinquenta centavos eram pagos (SALVE!, 2004). Não obstante, a exposição à situação de perigo e aos materiais para produção, que não eram adequadamente armazenados, contribuíram para o desenvolvimento de problemas de saúde relacionados à atividade, bem como para a ocorrência de acidentes do trabalho (CIDH, 2018-B, par. 40).

Em face do cenário de mortes e indivíduos feridos e da ausência de prestação jurisdicional eficiente por parte do Estado, em dezembro de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma denúncia pugnando pela responsabilização internacional do Estado brasileiro de violações de direitos humanos decorrente da explosão de uma fábrica de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus, na Bahia. A denúncia foi interposta pelo Centro de Justiça Global, pelo Movimento 11 de Dezembro, pela Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) da Subseção de Salvador, pelo Fórum de Direitos Humanos de Santo Antônio de Jesus/Bahia e por Ailton José dos Santos, Yulo Oiticica Pereira e Nelson Portela Pellegrino (CIDH, 2018-B, par. 01).

A Comissão analisou os requisitos referentes à competência¹⁵⁷¹, à existência de duplicidade de processos e à coisa julgada internacional, pugnando pela admissibilidade do caso. Posteriormente, em março de 2018, a CIDH concluiu que o Estado brasileiro violou direitos humanos no caso dos empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus c. Brasil (Caso 12.428), devendo promover uma série de reparações.

Desses direitos humanos violados, a Comissão considerou os direitos à vida e à integridade pessoal, em relação ao dever de especial proteção da infância, do direito ao trabalho, à igualdade e não discriminação, às garantias judiciais e à proteção judicial, estabelecidos nos artigos 4.1, 5.1, 19, 24, 26, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), no que concerne às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 do instrumento.

No que tange às recomendações, a Comissão determinou que o Estado brasileiro deveria promover a reparação integral – material e imaterial – pelas violações de

1571 Na Comissão Interamericana, para a admissão de um caso, são analisadas as competências *ratione personae*, *ratione loci*, *ratione temporis* e *ratione materiae*.

direitos humanos; dispor de medidas relacionadas à saúde física e mental para os sobreviventes e para os familiares diretos das vítimas; investigar diligente e efetivamente, em um prazo razoável, esclarecendo os fatos, identificando as possíveis responsabilidades e impondo as sanções cabíveis; promover medidas para implementação e efetividade das responsabilidades e reparações previstas nos processos de natureza cível e trabalhista; e adotar medidas (legislativas, administrativas etc.) para evitar a ocorrência de fatos semelhantes, para prevenir, erradicar e punir o trabalho infantil e para assegurar a fiscalização e inspeção das empresas que desenvolvem atividades de risco (CIDH, 2018-B, par. 176, 01-05).

Com a publicação das Recomendações, a Comissão conferiu ao Estado brasileiro o prazo de dois meses para cumprimento, sem, entretanto, obter respostas e informações. Pelo não cumprimento, a Comissão submeteu o caso à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em setembro de 2018, a fim de concluir e declarar a responsabilidade do Estado por violações de direitos humanos presentes na Convenção Americana (CIDH, 2018-B, par. 02).

4. A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO CASO 12.428/ CIDH E A PROMOÇÃO DA PROTEÇÃO À SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR

No Brasil, a estrutura normativa pertinente à proteção do trabalho em situações de perigo se encontra em diversos instrumentos que, complementarmente, se propõem a garantir o a saúde, segurança e bem-estar do trabalhador. Nesse sentido, na Constituição Federal (1988) prevê, nos artigos 6º e 7º, o trabalho como direito social, bem como “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII), “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” (art. 7º, XXVIII); e, dentre outros, a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos” (art. 7º, XXXIII).

Ainda, a Constituição estabelece o valor social do trabalho como um dos fundamentos da República, no art. 1º, IV, de sorte que, ao interpretar esse dispositivo junto à obrigação de custeio do seguro de acidente do trabalho pelo empregador, infere-se, segundo Otávio Pinto e Silva (2010, p. 117), que o instrumento legal prevê o direito social ao trabalho seguro. Esse direito social encontra amparo em outros instrumentos, como a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e as Normas Regulamentadoras (NR) pertinentes.

Na CLT, o art. 193 dispõe acerca das atividades ou operações consideradas perigosas, que garante o adicional de 30% sobre o salário uma vez que o trabalhador está

permanentemente exposto a “inflamáveis, explosivos ou energia elétrica” (inc. I) e a “roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial” (inc. II), bem como às atividades com uso de motocicleta (§ 4º). Em acréscimo, prevê o art. 405, I, que o menor não poderá laborar em locais e/ou serviços perigosos.

As Normas Regulamentadoras são instrumentos complementares à CLT para regulamentação da saúde e segurança do trabalhador, expedidos pela Secretaria do Trabalho (Ministério da Economia), que dispõem sobre, dentre outros, inspeção prévia (NR-2), equipamento de proteção individual “EPI” (NR-6) e atividades e operações perigosas (NR-16). Nesse instrumento, consta a obrigação de delimitação das áreas de risco, sob responsabilidade do empregador (16.8), e o detalhamento e enumeração das atividades ou operações consideradas perigosa, nos Anexos.

No que tange ao meio ambiente do trabalho, a Constituição prevê que o meio ambiente equilibrado (art. 225) é um bem essencial à sadia qualidade de vida, de sorte que cabe ao Poder Público e à coletividade o dever de defesa e preservação. A menção ao meio ambiente do trabalho, compreendido como o *locus* no qual o trabalhador desenvolve boa parte de sua vida que integra, de modo sistêmico, as condições de trabalho, a organização do trabalho e as relações interpessoais (MARANHÃO, 2016), está expressa no art. 200, VIII, acerca do dever de proteção pelo Sistema Único de Saúde e, por conseguinte, pelo Estado.

Não obstante a estrutura normativa doméstica, o Direito Internacional, a partir do “sistema global especial” (MARTINS, 2017, p. 94), concentra – apesar de não esgotar – na Organização Internacional do Trabalho (OIT) diversas normativas pertinentes ao trabalho e aos trabalhadores, como, por exemplo, na Convenção n. 155 “Segurança e Saúde dos Trabalhadores” (C 155) e na Convenção n. 174 “Sobre a Prevenção de Acidentes Industriais Maiores” (C 174). A despeito da elevada importância na estruturação e na fixação de standards da proteção internacional ao trabalhador, ao trabalho e à saúde e segurança, outros organismos internacionais merecem destaque.

No âmbito do Sistema Interamericano, a possibilidade de que violações de direitos humanos sejam analisadas pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos abre margem para a elaboração de relatórios, a emissão de recomendações e a responsabilização internacional do Estado. Desse modo, o Estado, ao acolher as obrigações internacionais decorrentes do SIDH, aceita o monitoramento internacional para garantir o respeito aos direitos fundamentais e humanos em seu território, sobretudo diante das falhas ou omissões das instituições nacionais (PIOVESAN, 2010, p. 83, 96).

Ao Estado cabe, portanto, a responsabilidade primária pertinente à proteção dos direitos, de sorte que, segundo Flávia Piovesan (2010, p. 83), “constitui[ndo] a ação

internacional uma ação suplementar, adicional e subsidiária”. Para garantir a ação internacional no Sistema Interamericano, as alegações de violações de direitos humanos devem se amparar na Convenção Americana e nos direitos justiciáveis de instrumentos adicionais, como os do Protocolo de San Salvador (1988).

No caso dos *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus c. Brasil*, a Comissão Interamericana concluiu que o Estado brasileiro foi responsável pela violação de uma série de direitos humanos, de sorte que proferiu recomendações a serem cumpridas. Pelo recorte temático adotado nesse estudo, serão analisados tão somente os direitos violados pertinentes à saúde e segurança do trabalhador, o que inclui os direitos à vida, à integridade pessoal e ao trabalho.

Antes de prosseguir à análise dos direitos violados, para compreensão da possibilidade de responsabilidade do Estado o art. 1.1 da Convenção Americana deve ser considerado. Nesse sentido, *in verbis*

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

A importância desse artigo reside na possibilidade de que, diante do reconhecimento do instrumento normativo e dos direitos contemplados, o Estado possa ser responsabilizado pelas ações ou omissões próprias do agente estatal – órgãos, Poderes, secretarias etc. – que resultarem na violação de direitos humanos dos indivíduos que se encontrem no seu limite territorial. Sem embargo, em se tratando da conduta de agentes particulares, o Estado conjuntamente poderá ser responsabilizado se não foi diligente para prevenir a conduta e para investigar o ato, com o intuito de identificar e punir os responsáveis e reparar as vítimas, bem como se participou, apoiou ou tolerou na figura de seus agentes (CIDH, 2018-B, par. 92-95).

Diante disso, no que concerne aos direitos violados do caso em tela, o direito à vida está disposto na Convenção Americana, que estabelece que toda pessoa tem o direito de ter sua vida respeitada, desde o momento de sua concepção, de sorte que dela não poderá ser privado arbitrariamente (art. 4.1). Para a Comissão, esse direito é pré-requisito para que outros direitos humanos sejam desfrutados (CIDH, 2018-B, par. 91).

Já o direito à integridade pessoal está presente no art. 5.1 da Convenção, que prevê o direito de toda pessoa ao respeito de sua integridade, que abrange as dimensões física, psíquica e moral. Como as medidas de defesa e prevenção são determinadas, segundo a Comissão e a Corte Interamericana, de acordo com cada situação específica, no caso em análise, apesar da explosão ter sido ocorrida no âmbito de uma empresa privada, o Estado detém responsabilidade.

Essa responsabilidade encontra razão de ser no fato de que a explosão se deu no meio ambiente do trabalho, no qual, embora as atividades de risco fossem realizadas por atores privados não estatais, o Estado brasileiro possui como obrigação a regulamentação, a supervisão e a fiscalização das relações de trabalho por envolverem interesses sociais e direitos humanos e fundamentais, como a vida e a integridade pessoal (CIDH, 2018-B, par. 119).

Ademais, de acordo com a legislação doméstica (CLT e NR-16), por ser atividade desempenhada considerada de risco, guarda direta relação a atuação do Estado, uma vez que o funcionamento da fábrica por si só representa um risco que pode comprometer a vida, a integridade e a saúde dos trabalhadores (CIDH, 2018-B, par. 120). O reconhecimento de que o agente estatal não exerceu o devidamente o dever de inspeção e fiscalização pode ser apreendido no conteúdo da sentença da Justiça do Trabalho brasileira, no qual a magistrada reconheceu que a produção de fogos no município de Santo Antônio era majoritariamente clandestina e não contava com fiscalização adequada.

Por fim, ao alegar a violação do direito ao trabalho pelo Estado brasileiro, a Comissão Interamericana aludiu ao art. 26 da CADH, que prevê o comprometimento dos Estados na adoção de providências – no âmbito doméstico (art. 2, CADH) e internacional – para garantir o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais presentes na Carta da Organização dos Estados Americanos. Saliente-se que, no domínio do SIDH, a Corte Interamericana firmou posicionamento acerca da interdependência e indivisibilidade dos direitos supracitados no que tange aos direitos civis e políticos (CIDH, 2018-B, par. 127).

Para garantir a interpretação adequada dos instrumentos de Direito Internacional, sem limitar e/ou suprimir direitos reconhecidos pelo Direito doméstico ou internacional, o art. 26 deve ser interpretado à luz do 29 da CADH. Esse, ao estabelecer normas de interpretação, possibilita a aplicação do princípio *pro persona* no SIDH (CIDH, 2018-B, par. 131), protegendo os direitos que já foram reconhecidos em instrumentos como a Carta da OEA, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Protocolo de San Salvador.

Na Carta da Organização dos Estados Americanos, o art. 45, *b*, estabelece o trabalho como um direito e um dever social, de sorte que confere dignidade aos trabalhadores, devendo ser realizados em condições que “compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar”. Ainda, no art. 34, *g*, “salários justos, oportunidades de emprego e condições de trabalho aceitáveis para todo” urgem como metas a serem alcançadas pelos Estados-membros.

Diante disso, os dispositivos pertinentes ao trabalho, na Carta da OEA, garantem que, enquanto norma econômica e social, seja contemplada pelo conteúdo do art. 26 da CADH. Assim, cabe aos Estados adotarem medidas para o seu desenvolvimento progressivo, bem como sua efetividade (CIDH, 2018-B, par. 139).

No Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o art. 6º, *I e 2*, estabelece o reconhecimento dos Estados partes ao direito ao trabalho, devendo, para tanto, adotar medidas – como a formação técnica e profissional e a elaboração de programas – que assegurem o pleno exercício do direito, garantindo o trabalho decente. Na sequência, o art. 7 do PIDESC prevê o reconhecimento, por parte dos Estados, do direito de gozo de condições de trabalho que sejam justas e favoráveis e que assegurem, dentre outros, *(b)* a segurança e higiene no trabalho.

Em relação ao Pacto, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao proferir a Observação Geral 18 (ONU, 2005, par. 12), dispôs que, para a garantia do direito ao trabalho, os Estados deverão garantir a disponibilidade, para auxílio dos trabalhadores na identificação e no acesso ao emprego; a acessibilidade, a partir da não discriminação, do acesso físico e do direito à informação; e da aceitabilidade e qualidade. A aceitabilidade e qualidade se referem à proteção do direito ao trabalho a partir do direito do trabalhador às condições justas e favoráveis de trabalho, sobretudo as pertinentes à segurança no trabalho, ao direito de associação sindical e ao direito de liberdade de escolher e aceitar o emprego. Reconhece, portanto, no art. 7º, o direito a condições seguras de trabalho (ONU, 2005, par. 02).

Já o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – “Protocolo de San Salvador” – o direito ao trabalho está disposto nos arts. 6, que estabelece o compromisso dos Estados na adoção de medidas com o intuito de garantir a plena efetividade desse direito. Em acréscimo, o art. 7 prevê o gozo ao direito ao trabalho em “condições justas, equitativas e satisfatórias”, a partir da adoção, por parte dos Estados, nos seus instrumentos legais, de normas pertinentes à, dentre outros, *(e)* segurança e higiene no trabalho.

Nota-se que, em análise aos três instrumentos de direito internacional, o direito ao trabalho se consolida enquanto um direito humano, de matriz social, plenamente exigível e justiciável. Para garantir o seu gozo, os instrumentos apresentam, como denominador comum, a menção expressa às condições de trabalho que se associam, dentre outros, à segurança e higiene no trabalho.

Diante disso, a partir da interpretação sistêmica, o direito ao trabalho seguro, para além da previsão no Direito brasileiro como direito social, encontra respaldo no âmbito do Direito Internacional, se consolidando como condição para garantir uma vida digna aos trabalhadores. Nesse sentido, esse direito guarda relação direta como os direitos à vida e à integridade pessoal (física, psíquica e moral) e, sobretudo, ao desenvolvimento pro-

gressivo, de sorte que, independentemente de ser realizado em face de agentes públicos ou privados, requer a tutela do Estado por se tratar de um direito humano, podendo, inclusive, acarretar a sua responsabilização internacional diante de violações.

Assim, o caso dos *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus c. Brasil* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos fortaleceu a proteção à saúde e segurança do trabalhador e, por conseguinte, à tutela internacional ao meio ambiente de trabalho por se tratar de litígio estratégico. A partir desse litígio, o reconhecimento do direito ao trabalho seguro na ordem jurídica internacional permite a justiciabilidade e o monitoramento internacional perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, reclamando posicionamentos atuantes e efetivos dos Estados (no caso, o Brasil) para garantir a concretização progressiva e o aperfeiçoamento dos instrumentos legais.

Ressalte-se que o desenvolvimento progressivo do direito ao trabalho seguro requer a percepção do estado da técnica em matéria de saúde e segurança do trabalho, já que o que era adequado em um momento, pode não o ser posteriormente.

Por fim, as dimensões entre público e privado se imiscuem em se tratando da garantia do direito ao trabalho seguro, uma vez que cabe ao Estado, a partir dos deveres de inspeção e fiscalização, assegurar o meio ambiente do trabalho seguro, sadio e equilibrado e promover, por conseguinte, o direito à vida e à integridade pessoal dos trabalhadores. Esse dever do Estado se potencializa em se tratando das atividades e operações de risco, por ele regulamentadas e permitidas.

5. CONCLUSÃO

Esse estudo se propôs, a partir da análise do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e do caso dos *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares c. Brasil*, demonstrar a preocupação com a concretização dos direitos humanos, sobretudo de matriz social, no seio das relações de trabalho.

Nesse sentido, embora a atuação da Organização Internacional do Trabalho, no panorama internacional, seja de notória importância na tutela da saúde e segurança do trabalhador, a partir das Convenções n. 155 e n. 174, outros organismos internacionais devem ser considerados conjuntamente na proteção, pela sua atuação, potencial e alcance.

O Sistema Interamericano, a partir da Comissão e da Corte Interamericana, apresenta grande potencial na promoção de direitos humanos e da dignidade dos trabalhadores, uma vez que, pelos instrumentos internacionais fundamentais e pelos direitos reconhecidos e justiciáveis, a proteção da saúde e segurança do trabalhador se torna possível, podendo acarretar, inclusive, a responsabilização internacional dos Estados em face de violações de direitos humanos.

Diante disso, o caso dos *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus c. Brasil*, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, apresenta grande importância na ordem jurídica por, enquanto litígio estratégico, fortalecer a proteção à saúde e segurança do trabalhador e, por conseguinte, à tutela internacional ao meio ambiente de trabalho. Nesse caso, a responsabilização do Estado pela violação dos direitos à vida, à integridade pessoal e ao trabalho se deu, sobretudo, em razão da ausência de atuação efetiva e diligente na supervisão e fiscalização da fábrica supracitada.

Conclui-se que, por ser direito humano, o direito ao trabalho seguro encontra respaldo no Direito Internacional e, sobretudo, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que, para além da previsão normativa, auxilia na promoção e na consolidação de um meio ambiente do trabalho seguro e sadio. Assim, para além de qualquer divisão entre público e privado, o trabalho – independentemente da natureza do empregador – requer uma tutela efetiva, assegurando condições seguras aos trabalhadores em exercício, sobretudo em se tratando de atividades e operações de risco, assim reconhecidas e regulamentadas pelo Poder Público.

BIBLIOGRAFIA

- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*: vol. III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Jus Cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law*. [s.d.]. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.
- CANDAU, Vera Maria Ferrão. *Diferenças culturais, interculturalidade e educação em direitos humanos*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v33n118/v33n118a15.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2019.
- CARVALHO RAMOS, André. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CASTAÑEDA, Fabián Augusto Cárdenas. A Call for rethinking the sources of international law: soft law and the other side of the coin. *Anuário Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, p. 335-403.
- CONTRERAS, Juan Carlos Gutierrez (coord.). *Litígio estratégico em Direitos Humanos: modelo para armar*. 2011. Disponível em: <http://cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-litigio-estrategico-en-derechos-humanos-modelo-para-armar.pdf>. Acesso em 10 jun. 2019.
- DUPUY, Pierre-Marie. Soft law and the international law of the environment. *Michigan Journal of International Law*, 1991, vol. 12, issue 2.
- ENGSTROM, Par. Reconceptualising the impact of the Inter-American Human Rights System. *Revista Direito e Práxis*, vol. 08, n. 2, Rio de Janeiro, 2017, p. 1250-1285.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 20, p. 160-203, jul./set. 2002.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João (coord.) *Direito Ambiental do Trabalho*; c. 1: apontamentos para uma teoria geral – saúde, ambiente e trabalho: novos rumos da regulamentação jurídica do trabalho. São Paulo: LT, 2013.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores: controle de poluição, proteção do meio ambiente, da vida e da saúde dos trabalhadores no Direito Internacional, na União Europeia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2007.

JESSUP, Philip C. *Direito Transnacional*. Trad. Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70 [s.d.].

KYMLICKA, Will. *Fronteiras territoriais*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

LOUREIRO, Claudia. *Refugiados e Apátridas no Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

MARANHÃO, Ney. Meio ambiente do trabalho: descrição jurídico-conceitual. *Revista direitos, trabalho e política social*, Cuiabá, c. 2, n. 3, p. 80-117, Jul./dez. 2016.

MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e interpretação constitucional. *Revista Sur*, vol. 18, p. 215-235, 2013.

MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Migração, refúgio e apátridas*. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

OAS. *CIDH apresenta caso sobre o Brasil à Corte IDH*. 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2018/218.asp>. Acesso em: 13 nov. 2019.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica a saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2010.

PADILHA, Norma Sueli. O equilíbrio do meio ambiente do trabalho: direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, c. 77, n. 4, p. 231-258, out./dez. 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUEZ, José Daniel. *La migración es un derecho humano*. Disponível em: www.academia.edu/1343450. Acesso em: 16 out. 2016.

SALVE! Santo Antônio. Direção de Aline Sasahara. 2004. (51 min.).

SILVA, Otávio Pinto e. Meio ambiente e saúde do trabalhador. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 4, 2010. p. 113-119.

SOUSA SANTOS, Boaventura. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, junho 1997.

DO ASSISTENCIALISMO ANTERIOR À ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO AOS DIREITOS SOCIAIS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: A JUSTIÇA SOCIAL MATERIAL COMO CRITÉRIO DE TUTELA GRADUAL DOS DIREITOS SOCIAIS CONTEMPORÂNEOS

Marcos Aurelio Dusso

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar as diferenças entre o assistencialismo, pautado na solidariedade nas constituições francesas, após a revolução, para a positivação dos direitos sociais a partir do Tratado de Versalhes, responsável por criar a primeira instituição internacional na defesa universal de direitos sociais, a Organização Internacional do Trabalho. Incorporando a justiça social como fundamento convenções posteriores, como a Convenção Americana, ocorre o desenvolvimento e os limites para a justiça social por meio de casos e outras normas. Utiliza-se o método dedutivo com a análise de convenções e bibliografia e ao final é proposta uma divisão no significado de justiça social em um sentido formal e material.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça social. direitos sociais. Organização Internacional do Trabalho. Convenção Americana.

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. O assistencialismo no contexto prévio a Organização Internacional do Trabalho. 3. A justiça social e a incorporação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais na Convenção Americana. 4. O que esperar dos direitos sociais e da justiça social nas reformas sociais. 5. Tradução do Tratado de Versalhes sobre a Organização Internacional do Trabalho. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Se em nosso ordenamento jurídico os direitos econômicos, sociais e culturais estão consolidados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, entretanto a origem destes direitos pode ser relacionada com alguns tratados e constituições anteriores a esta. Cabe destacar que a Convenção Americana de 1966 já é uma positivação que representa estes direitos relativamente incorporados em muitos países. Anteriormente a ela existe a positivação na constituição de Weimar, de agosto de 1919. Contudo, antes desta constituição, em se tratando do continente europeu, é o tratado de Versalhes de 1919 que foi efetivamente um documento que rompeu com uma tradição liberal de solidariedade, originária desde as constituições francesas de 1791, com a finalidade para trazer a justiça social e os direitos sociais.

Observando este caminho histórico, o presente artigo tem como objetivo analisar e refletir sobre as diferenças entre solidariedade e a justiça social e os contextos histó-

ricos e as razões de suas positivações. Estes contextos e razões, permitem entender o motivo da Convenção Americana estabelecer que estes direitos serão progressivamente incorporados e se mostra fundamental para entender o rumo dos direitos sociais hoje, através da análise de casos contenciosos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O método utilizado é o analítico por utilizar uma metodologia baseada na análise de textos normativos, doutrinários e fatos históricos. Além disto, a estrutura deste artigo começa com a origem destes direitos com um fundamento na solidariedade e após fará uma análise destes a partir da justiça social. Por fim, se propõe a uma reflexão sobre as razões das várias reformas em direitos sociais que vemos em países europeus e no Brasil, por exemplo.

2. O ASSISTENCIALISMO NO CONTEXTO PRÉVIO A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.

A preocupação com o bem-estar social é uma dimensão que se encontra positivada inicialmente com as constituições liberais. Um marco histórico importante neste sentido são a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e as primeiras Constituições do Estado Francês, após sua revolução de 1789. (COMPARATO, 2017; RAMOS, 2017; RAMOS, 2016)

Estas constituições consolidam o Estado Liberal, na sociedade ocidental, tendo como base jurídica a igualdade de todos perante a lei e as várias significações da liberdade. Qual é a razão da igualdade e liberdade serem a base deste modelo de estado? O objetivo era romper com as monarquias de caráter absolutistas, porque elas consolidavam a desigualdade e os privilégios de diversas classes sociais e a liberdade neste período ainda não se relacionava uma dimensão privada, mas estava atribuindo uma série de competências as pessoas para participarem de decisões políticas fundamentais atribuindo funções políticas para apoiar as ações deste monarca. (CONSTANT, 2015)

Assim que, para romper com este contexto absolutista somente será possível através das revoluções, as quais servem de justificativa e motivação política para as reformas institucionais ocorridas posteriormente na Europa e América. Se revoluções são o temor da estrutura social, à época, assim os estados terão como prioridade implementar a igualdade e liberdade, em sentido moderno, assegurando ao indivíduo sua dimensão privada. Porém esta conquista pela dimensão privada, no contexto do 1800, para a grande maioria da população era um período de privações e falta de amparo social porque as pessoas não tinham acesso a uma alimentação, saúde ou educação, pois o tratamento dado aos agora iguais, que passaram a trabalhar para os liberais como mão de obra, era algo muito próximo aos anteriores escravos, abolidos pelo liberalismo.

E a dimensão da fraternidade preconizada como uma finalidade da Revolução Francesa? Pode-se afirmar que o assistencialismo é positivado com o fundamento na solidariedade ao ser humano.

Está no dispositivo primeiro da constituição de 1791, que trata sobre “as disposições fundamentais e garantidas pela constituição”, a previsão de criação de uma instituição de seguro público com o objetivo de cuidar das crianças, pobres e fornecer trabalho aos aptos além de fornecer educação comum e gratuita aos homens.¹⁵⁷² Em 1793, com a constituição do ano I, estas linhas gerais continuarão com o reforço dos dispositivos dos artigos 21, 22 e 23 onde tornam o seguro algo ‘sagrado’, um mínimo existencial aos desamparados é um dever da sociedade e a instrução como uma necessidade ao progresso.¹⁵⁷³ Após os períodos turbulentos do consulado e do império de Napoleão, a volta do assistencialismo ocorre após 5 constituições, com a de 1848, mas sem muitas novidades das edições anteriores.¹⁵⁷⁴

Assim o assistencialismo, fundamentado pela fraternidade e solidariedade, em uma sociedade liberal pode ser caracterizada como uma forma de proteção social parcial, visto que protege a crianças e trabalhadores aptos, mas sem trabalho e a sociedade se compromete a fornecer instrução gratuita aos homens e dentro das possibilidades destas sociedades.

Neste cenário do 1800 aos 1900, as mudanças são pontuais e muitas vezes dependendo da iniciativa de pessoas que tentam regular a dimensão social para amenizar o sofrimento de uma população explorada em sua dimensão econômica, social e cultural. Cite-se como exemplo Dom Bosco que elabora os primeiros contratos de trabalho envolvendo jovens aprendizes comprometendo o empregador a ensinar o ofício e não maltratar o aprendiz, remunerando proporcionalmente ao seu progresso no ofício, isto em 1852.¹⁵⁷⁵

1572 Constituição Francesa de 1791 em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791> acesso em 05/01/2020. Il sera créé et organisé un établissement général de Secours publics, pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes, et fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pu s'en procurer. Il sera créé et organisé une Instruction publique commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties d'enseignement indispensables pour tous les hommes et dont les établissements seront distribués graduellement, dans un rapport combiné avec la division du royaume.

1573 Constituição Francesa de 1793 em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-24-juin-1793> acesso em 05/01/2020. Article 21. - Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler. Article 22. - L'instruction est le besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique, et mettre l'instruction à la portée de tous les citoyens. Article 23. - La garantie sociale consiste dans l'action de tous, pour assurer à chacun la jouissance et la conservation de ses droits ; cette garantie repose sur la souveraineté nationale.

1574 Constituição Francesa de 1848 em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1848-ii-republique-viii>. - La République doit protéger le citoyen dans sa personne, sa famille, sa religion, sa propriété, son travail, et mettre à la portée de chacun l'instruction indispensable à tous les hommes ; elle doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler. - En vue de l'accomplissement de tous ces devoirs, et pour la garantie de tous ces droits, l'Assemblée nationale, fidèle aux traditions des grandes Assemblées qui ont inauguré la Révolution française, décrète, ainsi qu'il suit, la Constitution de la République.

1575 Pela presente escritura em original duplo, por forma a poder insinuar-se mediante pedido de uma das duas partes, lavrada na Casa do Oratório sito em Turim sob o título de S. Francisco de Sales fica estabelecido quanto segue: 1. O Senhor Bertolino Giuseppe, Mestre Marceneiro, exercendo a profissão em Turim, recebe na qualidade de aprendiz na arte de marcenaria, o jovem Giuseppe Odasso, natural de Mondovi, filho de Vincenzo natural de Garesio e do-

As mudanças em um nível institucional ocorrem a partir da crítica filosófica a esta realidade por meio de duas frentes, uma católica a partir da encíclica *Rerum Novarum*. (COMPARATO, 2017) E a outra frente ocorre por meio do filósofo Karl Marx ao relacionar esta realidade econômica com a necessidade de uma ruptura institucional aos moldes da revolução francesa (MARX, 1982). Destas frentes de crítica social o importante aqui é enfatizar o legado delas à nossa sociedade. O legado católico que vem a partir da *Rerum Novarum* é a criação e utilização do conceito justiça social como fundamento da ordem econômica e social. (BARZOTTO, 2003) O legado marxista é o receio de uma ruptura institucional, aos moldes do que aconteceu na Rússia.

Este medo, de uma ruptura institucional do modelo liberal de estado, é tão impactante à sociedade que no tratado que encerrou a Iª Guerra Mundial, o tratado de Versalhes, uma série de preocupações com a igualdade das condições de trabalho estão colocadas nos artigos iniciais e nos objetivos de proteção da Liga das Nações, além de prever no mesmo texto a criação da Organização Internacional do Trabalho para servir de resposta liberal às críticas marxistas. (RODGERS, 2009, p. 7)

Les contradictions de plus en plus évidentes du capitalisme aboutirent non seulement à la révolution bolchévique, mais aussi aux nombreux mouvements révolutionnaires ultérieurs, et aux failles du système politique mondial qui en découlèrent. Ces contradictions furent également à l'origine du développement des divers courants de pensée socialiste et libérale dans tous les pays. (RODGERS, 2009, p. 19)

A norma que autoriza a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) está presente no Tratado de Versalhes. Este tratado tem um impacto jurídico e político muito grande dentro do contexto do início do século XX pois foi responsável por determinar os critérios de ressarcimento da Alemanha às potências aliadas após o final da primeira guerra mundial. Além disto este tratado é responsável pela criação da Liga das Nações ou Sociedade de Nações que se incumbiria de promover a paz e evitar os conflitos entre os Estados. No Brasil sua incorporação ocorre no dia 26 de agosto de 1919, onde Epitácio Pessoa encaminha para o congresso (19 de agosto), o qual publica no diário oficial o texto em francês da íntegra do tratado. (Tratado de Versalhes, 1919)

Sua assinatura ocorre em 28 de junho, com as principais potências envolvidas na primeira guerra mundial, e, na criação da Liga das Nações, a preocupação em evitar possíveis guerras soma-se à uma preocupação crescente com o trabalho e os trabalha-

miciliado nesta capital, obrigando-se a ensinar a citada profissão pelo tempo de dois anos que se declaram começar no primeiro dia de Janeiro do ano corrente e terminar no final de mil oitocentos e cinquenta e três; de dar ao jovem durante o decorrer da sua aprendizagem as necessárias instruções e as melhores regras para bem prender e exercer a arte mencionada de marcenaria; de lhe dar, em relação ao seu comportamento moral e civil, aqueles oportunos e salutar avisos que um pai daria a seu filho; corrigi-lo amavelmente em caso de algum desvio, mas sempre com simples palavras e nunca com alguma ação de mau trato; ocupá-lo sempre com trabalhos próprios da sua arte e proporcionar-lhe à sua idade e capacidade e forças físicas e excluindo qualquer outro trabalho estranho à sua profissão. 3. O Mestre obriga-se a pagar semanalmente ao aprendiz o salário acordado: trinta centimos por dia nos primeiros seis meses e quarenta centimos no segundo semestre deste ano mil oitocentos e cinquenta e dois; do principio ao fim do ano seguinte, mil oitocentos e cinquenta e três, pagar-lhe-á sessenta centimos por dia. Obriga-se ainda a anotar, em folha própria ao fim de cada mês, o tipo de comportamento do jovem aprendiz.

dores. Na primeira parte, relacionada à Liga das Nações já ocorre o estabelecimento do princípio de equidade em relação ao trabalho dos homens, mulheres e as crianças, que mantenham uma relação de comércio e indústria e de promover a criação de organizações internacionais relativas a estas matérias, em seu artigo 23, a.

a) se esforçarão de assegurar e manter as condições de trabalho equitativos e humanos para o homem, mulher e criança, sobre seus próprios territórios, assim como nos países aos quais se estendam suas relações de comércio e indústria e, pelo objetivo de estabelecer e de manter as organizações internacionais necessárias; (Tratado de Versalhes, 1919, página 1642)

Todos os escritórios e órgãos existentes e que serão criados posteriormente ao tratado serão vinculados à Liga da Nações, por disposição do art. 24 do tratado.

Na parte XIII deste tratado é que encontramos os dispositivos relacionados à Organização Internacional do Trabalho, a partir do artigo 387. Tem-se um preâmbulo contendo os princípios e objetivos que envolvem a proteção do trabalho e que nortearam sua criação, para que ocorra a manutenção da paz é estabelecido que o trabalho terá como princípio a justiça social. Reconhece-se que o trabalho pode impactar a vida das pessoas pela ‘injustiça, miséria e privações’ e assim seu objetivo inicial era o de regular as horas de trabalho, a fixação da jornada semanal e diária máxima, o desemprego, a garantia de que salário consiga manter a vida das pessoas, a proteção contra doenças relacionadas ou não com o trabalho, proteção contra os acidentes de trabalho, proteção às mulheres, crianças e adolescentes, estabelecimento de pensão relacionada ao trabalho, proteção ao trabalhador estrangeiro, liberdade sindical, ensino técnico e profissionalizante. Por fim, o regime de trabalho deve ser limitado pelo cuidado com o ser humano em todos os países signatários. Quanto aos mecanismos de proteção, além de prever a denúncia de um estado ou organização profissional de trabalhadores e empregadores, por não cumprimento de leis ou tratados de direitos sociais, pode ser elaborada uma recomendação para que um estado modifique ou crie uma legislação em seu país ou a proposta de criação de tratados relativos a matéria. Dependendo da circunstância do caso pode ser criada uma comissão de inquérito para investigar estas violações, além de incumbir ao conselho de administração da Organização Internacional do Trabalho a responsabilidade de investigar e levar as informações do processo à assembleia desta organização. A comissão de inquérito pode propor sanções de ordem econômica ao país e em caso de não cumprimento, dentro de um prazo razoável, a demanda pode ser levada a, também criada pelo Tratado de Versalhes, Corte Internacional de Justiça, que aplicará esta sanção e não poderá haver recurso desta decisão. (Tratado de Versalhes, 1919, páginas 1699 a 1703, posteriormente traduzidas)

É após este tratado que é elaborada a Constituição de Weimar, e assim com estas duas bases jurídicas dos direitos sociais, tem-se uma mudança importante destes direitos que agora visam o desenvolvimento econômico e social agora universais, isto é, para

todas as pessoas e instituições se comprometem a executar e fiscalizar o seu cumprimento. Uma questão importante exige uma reflexão sobre o que está acontecendo nestes contextos políticos de 1920. Qual seria a justificativa de uma elite liberal alemã aceitar e aprovar estes direitos? Por que um ditador como Getúlio Vargas se torna o ‘pai dos pobres’ ao aprovar estes direitos para todos os brasileiros? Será por bondade?

A resposta será negativa, o receio de que outras revoluções, como o que aconteceu na Rússia, ocorra na Alemanha ou em outros países fez com que os liberais aprovassem os direitos sociais. Neste contexto, as injustiças sociais derrubavam os governos e a correção destas injustiças passavam pela incorporação dos direitos trabalhistas, sociais, econômicos e culturais. Lembrando que não sobre o fundamento marxista, mas católico da justiça social. Assim a população não tem motivos para aderir à revolução e os marxistas começam a ser perseguidos pelos regimes vigentes.

Quando ocorre a positivação da Convenção Americana esta realidade já está consolidada, mas a medida dos direitos a serem incorporados é equilibrado na necessidade de manter a ordem institucional vigente de cada país.

3. A JUSTIÇA SOCIAL E A INCORPORAÇÃO PROGRESSIVA DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS NA CONVENÇÃO AMERICANA.

Conforme Barzotto (2003), Luigi Taparelli D’Azeglio, um padre jesuíta, foi o responsável por utilizar termo justiça social como crítica ao modelo liberal. Isto ocorre, como antes citamos, no período de 1800, por conta da unificação italiana. Da mesma forma que Dom Bosco, os jesuítas observam uma sociedade liberal assistencialista, mas que não promove a dignidade, em uma dimensão social, para todas as pessoas. No contexto da unificação italiana a reivindicação do reconhecimento da nacionalidade e unidade italiana, liberal, se vê com uma necessária regulação econômica e social. Segundo D’Azeglio não há um ‘estado sem instituições sociais’.

Um outro termo também é utilizado por este autor em 1840 é ‘direito social’ mudando as concepções de justiça desenvolvidas sob uma influência aristotélico-tomista para abranger a necessária mudança no contexto histórico. A mudança é sutil, mas fundamental para entender as diferenças entre o que se discutia à época de Aristóteles e São Tomás de Aquino e o que se pretende com a justiça social e o direito social no contexto liberal. Anteriormente o caráter social do ser humano estava vinculado à sua essência, por isso implicava em uma concepção metafísica de direito natural instrumentalizada pela lei natural. (Aquino, 2005, questão 92 a 94)

O que D’Azeglio trata é de uma concepção não metafísica, mas agregadora, qual seja, o ser humano relaciona-se com outro e se agrega a outros em uma sociedade.

Antes de ser regulado pela lei natural este direito está no plano da existência. (D’Azeglio, 1840, p. 192). Este autor antevendo ao que Hannah Arendt mencionará sobre a realidade moderna, insere estes direitos não relacionado ao plano metafísico, mas em um plano operativo onde a existência do ser humano a uma sociedade real precisa desenvolvê-lo de forma completa. (Arendt, 2005)

Qual a importância prática deste debate para nossa sociedade. Se metafísica ou social? Pode-se perguntar o seguinte: 1. Qual o princípio moral que fundamenta determinado direito? 2 Dado este princípio como este se realiza, ou se torna exequível? (D’Azeglio, 1840, p. 194). Quanto ao princípio moral se for de origem metafísica este se fundamenta pela verdade ou vontade e se torna exequível sempre perguntando a quem aplica se o bem está sendo aplicado em determinado caso. Mas se o fundamento moral é o social o que torna uma ação exequível é cumprir determinada finalidade. Um exemplo envolvendo direitos sociais seria pensar nas várias reformas previdenciárias que estão acontecendo hoje. Se um modelo de aposentadoria visa garantir qualidade de vida e dignidade as pessoas depois de certo período de suas vidas, reformas que ampliam a idade mantém o bem (um sistema de auxílio), mas a finalidade não será cumprida qual seja a qualidade de vida com dignidade. Esta finalidade não é o fim para um indivíduo específico, mas a finalidade envolvendo uma coletividade, o beneficiário de um programa de saúde pode ser um indivíduo, mas o direito à saúde visa realizar uma finalidade de toda a sociedade. (D’Azeglio, 1840, p. 195). Outro elemento importante é que a finalidade não será restrita ao que já se tem, mas a algo que se deseje, alcance, para que todos na sociedade se esforcem para que em breve todos a possuam. Todos os meios e os mecanismo de direitos sociais devem ser recíprocos a todas as pessoas.

Assim, afirma D’Azeglio que justiça social é a justiça entre os homens (*fra uomo e uomo*) (D’Azeglio, 1840, p. 226). A visão de D’Azeglio não é pela igualdade formal, pois ele menciona que todos somos iguais em forma a outros seres humanos, mas busca o desenvolvimento do ser humano pelo acesso aos direitos ‘da humanidade’, segundo as especificidades de cada pessoa e do que necessita cada indivíduo para seu desenvolvimento. Assim uma pessoa com uma doença mais grave precisará de mais acesso a medicamentos do que outra com uma doença menos grave, e assim em relação a cada direito social.

Assim pode-se distinguir a justiça comutativa, distributiva e social, porque enquanto a primeira iguala objetos entre pessoas e a segunda reparte o que é comum segundo um critério de proporcionalidade a cada indivíduo e a social permite o acesso a direitos segundo a especificidade de cada um. (Aristóteles, 2017, 100 e Aquino, 2005, questão 61 e 62)

Assim cabe destacar que o autor, já em 1840 mencionava que o acesso a estes direitos sociais não será ilimitado, porque o direito a saúde de uma pessoa sempre será

restrito e limitado ao acesso a saúde do outro, na medida da finalidade a ser alcançada. E antevendo a uma teoria dos princípios o autor menciona que na colisão de direitos opostos as razões de preponderância de um não anulam o outro direito, apenas este não será atribuído a uma pessoa. (D’Azeglio, 1840, p. 230)

Na dicotomia envolvendo os liberais de um lado e os críticos a realidade social, católicos ou marxistas, no advento da Constituição Mexicana de 1917 e na constituição de Weimar de 1919 o debate sobre os limites ao liberalismo estão colocados por conta de D’Azeglio ou Marx, mas a maioria dos países renega o marxismo e adota o argumento antes mencionado, qual seja, a justiça social e os direitos sociais como forma de reduzir as injustiças sociais e assim evitar que revoluções rompam com as instituições como aconteceu no México ou na Rússia.

No advento da Convenção Americana de 1966, mais uma vez a predominância dos direitos liberais é marcante no texto, restando a um único dispositivo tratar da matéria. Este é o artigo 26, sua complementação ocorre pelo protocolo de Buenos Aires, em 1967, arts. 29 a 36¹⁵⁷⁶ e pelo protocolo de San Salvador em 1988.

CAPÍTULO III - Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

ARTIGO 26 - Desenvolvimento Progressivo

Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (Convenção Americana, 1966)

Quatro pontos são de destaque quanto aos dispositivos anteriormente mencionados, quais sejam, 1º o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, a ser desenvolvido posteriormente; 2º a solidariedade como princípio ético na incorporação e desenvolvimento dos direitos sociais, solidariedade no sentido que antes nos referimos de cuidado com o bem estar social das pessoas; 3º a escolha pela justiça social como fundamento dos direitos sociais, promovendo aqui a universalização e a dignidade da pessoa humana como critério de justiça a ser aplicado; 4º o contexto histórico ainda presente entre capitalismo e comunismo, a época da elaboração destes tratados e na incorporação dos direitos sociais nas constituições dos países capitalistas do ocidente.

1576 Artigo 29 Os Estados Membros, inspirados nos princípios de solidariedade e cooperação interamericanas, comprometem-se a unir seus esforços no sentido de que impere no Continente a justiça social e de que seus povos consigam um desenvolvimento econômico dinâmico e harmônico, como condições indispensáveis para a paz e a segurança. Artigo 31 A fim de acelerar seu desenvolvimento econômico e social, de acordo com suas próprias peculiaridades e processos e dentro da estrutura dos princípios democráticos e das instituições do Sistema Interamericano, os Estados Membros convêm em envidar seus maiores esforços no sentido de alcançar as seguintes metas básicas. Artigo 32 A fim de alcançar os objetivos estabelecidos neste capítulo, os Estados Membros comprometem-se a cooperar entre si com o mais amplo espírito de solidariedade interamericana, na medida em que o permitam seus recursos e de acordo com suas leis.

Quanto ao primeiro ponto o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais pode-se tratar com uma análise normativa e jurisprudencial. Quanto as normas relacionadas, pode-se utilizar como base normativa o comentário geral nº 3 sobre a natureza da obrigação dos estados partes quanto aos direitos econômicos, culturais e sociais. Diferente dos direitos civis e políticos que devem ter uma eficácia imediata, os direitos econômicos ou sociais não são concretizados em um breve período de tempo pois dependem muito da realidade da cada país. Contudo qualquer medida retroativa nestes direitos necessita de uma justificativa e cuidado na avaliação destas razões.

9. The principal obligation of result reflected in article 2 (1) is to take steps “with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized” in the Covenant. The term “progressive realization” is often used to describe the intent of this phrase. The concept of progressive realization constitutes a recognition of the fact that full realization of all economic, social and cultural rights will generally not be able to be achieved in a short period of time. In this sense the obligation differs significantly from that contained in article 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights which embodies an immediate obligation to respect and ensure all of the relevant rights. Nevertheless, the fact that realization over time, or in other words progressively, is foreseen under the Covenant should not be misinterpreted as depriving the obligation of all meaningful content. It is on the one hand a necessary flexibility device, reflecting the realities of the real world and the difficulties involved for any country in ensuring full realization of economic, social and cultural rights. On the other hand, the phrase must be read in the light of the overall objective, indeed the *raison d’être*, of the Covenant which is to establish clear obligations for States parties in respect of the full realization of the rights in question. It thus imposes an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards that goal. Moreover, any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources.

(Fifth session (1990) General comment No. 3: The nature of States parties’ obligations (art. 2, para. 1, of the Covenant))

Elaborado pelo Conselho de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais o “An evaluation of the obligation to take steps to the “maximum of available resources” under an optional protocol to the covenant”, comenta também que estas medidas progressivas incluem a adoção de uma legislação, remédios jurídicos para a garantia destes direitos e os meios administrativos, financeiros e educacionais necessários à sua implementação, em conformidade com o ponto 3. A quantidade de recursos depende da realidade de cada estado e do auxílio e cooperação internacional que o estado venha a obter (An evaluation, 2007, ponto 4). Quanto aos motivos que levariam a não aplicação de recursos para garantir estes direitos os pontos 8 e 10 tratam de justificativas para que ocorram como a extensão das medidas a todos os direitos, a adoção de medidas não discricioná-

rias ou arbitrárias, decisão de alocação de recursos segundo os padrões humanitários, adoção de medidas menos restritas em relação as convenções de direitos humanos, que outras medidas foram tomadas, e que as circunstâncias de precariedade ou desvantagem não sejam discriminatórias e estejam relacionadas a uma circunstância grave.

8. In considering a communication concerning an alleged failure of a State party to take steps to the maximum of available resources, the Committee will examine the measures that the State party has effectively taken, legislative or otherwise. In assessing whether they are “adequate” or “reasonable”, the Committee may take into account, *inter alia*, the following considerations:

- (a) The extent to which the measures taken were deliberate, concrete and targeted towards the fulfilment of economic, social and cultural rights;
- (b) Whether the State party exercised its discretion in a non-discriminatory and nonarbitrary manner;
- (c) Whether the State party’s decision (not) to allocate available resources was in accordance with international human rights standards;
- (d) Where several policy options are available, whether the State party adopted the option that least restricts Covenant rights;
- (e) The time frame in which the steps were taken;
- (f) Whether the steps had taken into account the precarious situation of disadvantaged and marginalized individuals or groups and, whether they were nondiscriminatory, and whether they prioritized grave situations or situations of risk. (An evaluation, 2007, ponto 8)

Quanto às medidas de retroatividade em direitos econômicos, sociais e culturais este mesmo documento menciona, em seu ponto 10, que o caso concreto determinará, por exemplo, o nível de desenvolvimento do país, a aplicação mínima da convenção, se o país passa por um período de recessão, desastres naturais ou conflitos armados, ou se o país adota medidas de baixo custo ou não aceitou ajuda ou cooperação.

10. Should a State party use “resource constraints” as an explanation for any retrogressive steps taken, the Committee would consider such information on a country-by-country basis in the light of objective criteria such as:

- (a) The country’s level of development;
- (b) The severity of the alleged breach, in particular whether the situation concerned the enjoyment of the minimum core content of the Covenant;
- (c) The country’s current economic situation, in particular whether the country was undergoing a period of economic recession;
- (d) The existence of other serious claims on the State party’s limited resources; for example, resulting from a recent natural disaster or from recent internal or international armed conflict.

- (e) Whether the State party had sought to identify low-cost options; and
- (f) Whether the State party had sought cooperation and assistance or rejected offers of resources from the international community for the purposes of implementing the provisions of the Covenant without sufficient reason. (An evaluation, 2007, ponto 10)

Incumbe ao estado apresentar e justificar os fatos e a quantificação de recursos relacionados ao retrocesso em direitos econômicos, culturais e sociais, em conformidade com o ponto 9.

- 9. The Committee notes that in case of failure to take any steps or of the adoption of retrogressive steps, the burden of proof rests with the State party to show that such a course of action was based on the most careful consideration and can be justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and by the fact that full use was made of available resources. (An evaluation, 2007, ponto 9)

Outro documento importante são critérios de avaliação para a efetividade dos direitos sociais. Os “Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales” que foram elaborados pelo Grupo de Trabalho do Protocolo de San Salvador onde os direitos sociais estão divididos em dois grupos. Um primeiro tratando da previdência, saúde e educação e um segundo envolvendo trabalho, direitos sindicais, meio ambiente, alimentação e cultura. Estes critérios levam em conta a equidade em relação à gênero e grupos especiais de pessoas, e a participação da população nos avanços legislativos e na promoção de políticas públicas. (Indicadores, 2015, parágrafo 10 e 11). Estes critérios trazem a necessidade de uma progressiva implementação dos direitos sociais, conforme anteriormente foi ressaltado e isto só é possível com a adoção de metas a serem cumpridas pelos países (Indicadores, 2015, parágrafo 14). Além destes critérios, observa-se a incorporação normativa dos tratados sobre direitos sociais, o quanto eles se refletem na legislação e como as instituições no país, as práticas governamentais e a satisfação e eficácia para as pessoas destes direitos são concretizadas em cada realidade. (Indicadores, 2015, parágrafo 17). Ainda pensando na eficácia dos direitos humanos outro fator importante envolve fatores “estruturais, os processos e o resultado” (Indicadores, 2015, parágrafo 32)

Los indicadores estructurales reflejan la ratificación o aprobación de instrumentos jurídicos internacionales básicos para facilitar la realización de un derecho humano fundamental. Relevan información para evaluar cómo se organiza el aparato institucional y el sistema legal del Estado para cumplir las obligaciones del Protocolo. (Indicadores, 2015, parágrafo 33)

Los indicadores de proceso buscan medir la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar los derechos²², a través de la medición del alcance, la cobertura y el contenido de las estrategias, planes, programas, o políticas u otras actividades e intervenciones específicas encaminadas al logro de metas que corresponden a la realización de un determinado derecho. (Indicadores, 2015, parágrafo 34)

Los indicadores de resultado reflejan los logros, individuales y colectivos, que indican el estado de realización de un derecho humano en un determinado contexto. Buscan medir el impacto real de las estrategias, programas, intervenciones del Estado. (Indicadores, 2015, parágrafo 35)

Já que são direitos implementados conforme a realidade e para a progressão destes leva-se em conta a “recepção do direito, o contexto financeiro e os compromissos propostos e as capacidades institucionais do estado”. (Indicadores, 2015, parágrafo 36) Outro fator relevante é o “acesso à justiça, as informações às pessoas e a participação política”. (Indicadores, 2015, parágrafo 43). Ademais, a igualdade e a adoção de medidas não discriminatórias devem ser levadas em consideração na análise da eficácia destes direitos. (Indicadores, 2015, parágrafo 46). A partir destes parâmetros outros são detalhados na construção de tabelas para a análise da realidade na implementação destes direitos nos países.

Quanto às jurisprudências, a corte interamericana aplicou o que antes foi mencionado nos critérios para a análise do caso *Cinco aposentados c. Peru*¹⁵⁷⁷, tanto no voto, em apartado, de Antônio Augusto Cançado Trindade, quanto no voto concordante e, em apartado, de Sérgio García Ramírez. Assim, mesmo tendo uma redução do valor da aposentadoria realizada mediante um decreto lei, ao reduzir de forma desproporcional o que estas pessoas recebiam antes torna-se aqui uma afronta ao desenvolvimento progressivo sem nenhuma justificativa para tal fator discriminatório, em conformidade com as alegações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Alegações da Comissão

142. Em relação ao artigo 26 da Convenção, a Comissão argumentou que:

- a) o Estado violou este artigo ao promulgar o Decreto-Lei nº 25.792, o qual “constituiu um retrocesso não justificado com respeito ao grau de desenvolvimento do direito à previdência social que as vítimas haviam alcançado conforme o Decreto Lei nº 20.530 e suas normas conexas”, de maneira que se impôs um limite substancialmente inferior ao valor da pensão nivelada que as supostas vítimas recebiam. A partir da entrada em vigência do Decreto-Lei nº 25.792, os cinco aposentados passaram a receber aproximadamente uma quinta parte da pensão de aposentadoria que recebiam;
- b) a obrigação estabelecida no artigo 26 da Convenção implica que os Estados não podem adotar medidas regressivas com respeito ao grau de desenvolvimento alcançado, sem prejuízo de que em casos excepcionais e por aplicação analógica do artigo 5 do Protocolo de San Salvador, possam justificar-se leis que imponham restrições e limitações aos direitos econômicos, sociais e culturais, sempre que tenham sido promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, e que não contradigam o propósito e a razão de tais direitos”; e

1577 *Cinco aposentados c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 fevereiro 2003, Série C no. 98.

c) o Estado não argumentou nem provou que o retrocesso representado pelo Decreto-Lei nº 25.792 tenha sido causado “com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática”, “nem argumentou ou provou nenhuma outra circunstância a este respeito”.¹⁵⁷⁸

A Corte Interamericana, por sua vez, o caráter finalístico das normas de direitos sociais e a injustificada redução de direitos sem justificativa torna-se algo injusto aos aposentados.

Considerações da Corte

145. O artigo 26 da Convenção expressa que:

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

146. A Comissão Interamericana e os representantes das supostas vítimas e seus familiares alegaram o descumprimento do artigo 26 da Convenção Americana, porque o Estado, ao ter reduzido o valor das pensões das supostas vítimas, não cumpriu o dever de dar o desenvolvimento progressivo de seus direitos econômicos, sociais e culturais, particularmente não lhes garantiu o desenvolvimento progressivo ao direito à pensão.

147. Os direitos econômicos, sociais e culturais têm uma dimensão tanto individual como coletiva. Seu desenvolvimento progressivo, sobre o qual já se pronunciou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, se deve medir, no critério deste Tribunal, em função da crescente cobertura dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral, e do direito à previdência social e à aposentadoria em particular, sobre o conjunto da população, tendo presentes os imperativos da equidade social, e não em função das circunstâncias de um grupo muito limitado de aposentados não necessariamente representativos da situação geral prevalecente.

148. É evidente que isto é o que ocorre no presente caso e por isso a Corte considera procedente rejeitar o pedido de pronunciamento sobre o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais no Peru, no âmbito deste caso.¹⁵⁷⁹

Neste sentido um caso recente julgado pela corte compartilha da mesma análise elaborada anteriormente. Trata-se do caso *Asociación Nacional De Cesantes Y Jubilados de la Superintendencia Nacional De Administración Tributaria (Ancejub-Sunat) contra o estado peruano*,¹⁵⁸⁰ onde temos a finalidade dos direitos sociais, como a previdência relacionada a manutenção da qualidade de vida de uma pessoa.

1578 *Cinco aposentados c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 fevereiro 2003, Série C no. 98, § 142.

1579 *Cinco aposentados c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 fevereiro 2003, Série C no. 98, § 145 ao 148.

1580 *Asociación Nacional De Cesantes Y Jubilados de la Superintendencia Nacional De Administración Tributaria (Ancejub-Sunat) c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 21 de novembro de 2019, Série C No. 394.

157. De esta forma, la Corte considera que existe una referencia con el suficiente grado de especificidad del derecho a la seguridad social para derivar su existencia y reconocimiento implícito en la Carta de la OEA. En particular, de los distintos enunciados se deduce que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad asegurar a las personas una vida, salud y niveles económicos decorosos en su vejez, o ante eventos que las priven de su posibilidad de trabajar, es decir en relación con eventos futuros que podrían afectar el nivel y calidad de sus vidas. En vista de lo anterior, la Corte considera que el derecho a la seguridad social es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención.¹⁵⁸¹

Outro caso que apresenta o sentido de proibição de retrocesso ou adoção de medidas a assegurar os direitos sociais a todas as pessoas, sem discriminação é o caso “*Instituto de Reeducação del Menor*” c. *Paraguay*¹⁵⁸², um julgado paradigmático por envolver um grande número de jovens que, estando encarcerados, não tiveram acesso a garantias essenciais como o habeas corpus, e, em particular no que tange aos direitos sociais, não tinham formação, saúde, lazer e bem estar social e, muitos perderam a vida por conta da falha do estado no cuidado com estes bens.

Alegatos de las representantes

253. En relación con el artículo 26 de la Convención Americana, las representantes señalaron que:

a) el artículo 26 de la Convención debe estudiarse en conexión con el artículo 19 de la misma, con los artículos XI, XII, XIII y XV de la Declaración Americana de Derechos Humanos y con los artículos 24, 28, 29 y 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño;

b) el Estado incumplió con su obligación de garantizar los niveles mínimos de satisfacción de estos derechos con respecto a los menores del Instituto, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad;

c) con respecto a la violación al derecho a la salud, se da en tres niveles. Primero, porque el Estado no adoptó ni siquiera pautas mínimas de higiene, alimentación y atención primaria de la salud que permitieran prevenir enfermedades y alcanzar por lo menos un mínimo de salud para todas las presuntas víctimas del presente caso, acordes con su dignidad humana. Segundo, porque, una vez enfermos, los internos del Instituto no recibieron el tratamiento médico ni odontológico adecuado. Finalmente, no dio tratamiento especial a los adolescentes que padecían enfermedades mentales o adicciones;

d) con respecto al derecho a la educación, el Estado no brindó programas de educación formales y continuos. A pesar de la capacitación técnica y los talleres de alfabetización, no hubo profesionales capacitados ni asignaciones presupuestarias para el rubro. Las clases no eran parte de un programa de educación integral orientado a la reeducación y rehabilitación de los menores, pues el Instituto no contaba con las condiciones para que

1581 *Asociación Nacional De Cesantes Y Jubilados de la Superintendencia Nacional De Administración Tributaria (Ancejub-Sunat) c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 21 de novembro de 2019, Série C No. 394, § 157.

1582 “*Instituto de Reeducação del Menor*” c. *Paraguay*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 2 de setembro de 2004, Serie C No. 112.

una política de reeducación pudiera ser exitosa. Cuando los menores están privados de libertad, están sólo privados de la libertad y no de la educación o de la dignidad; y

e) con respecto al derecho al descanso, al esparcimiento, a la recreación, así como a la vida cultural y artística, el Estado no brindó un programa continuo al respecto, ni promovió el contacto con las familias o con la comunidad. Asimismo, el Estado no garantizó el derecho de los internos del Instituto al descanso y a la recreación, y el derecho a juegos y actividades recreativas acordes con su edad. En contraste, los menores permanecían encerrados la mayor parte del día en celdas pequeñas con salidas de sólo dos horas diarias.¹⁵⁸³

Outro caso que agora trata do direito à educação é o caso Gonzales Lluy y otros conta o Estado do Equador,¹⁵⁸⁴ uma circunstância extremamente grave onde uma criança, à época com 3 anos de idade, por conta de uma hemorragia nasal vem a necessitar de uma transfusão de sangue onde vem a contrair AIDS (SIDA - HIV), com 5 anos, ao ingressar na escola é impedida de frequentar as aulas por causa de uma determinação estatal, isto em ocorre no ano 2000. Ao ingressar no poder judiciário este concorda e mantém a segregação de Talia argumentando eventual risco de contágio e que ela teria sua educação à distância e de forma particular. Na sentença a corte estabelece os critérios para que a educação venha a cumprir sua função para desenvolver plenamente o ser humano, observando novamente a finalidade dos direitos sociais, como segue.

233. En el presente caso existe debate sobre la posible violación del derecho a la educación teniendo en cuenta que Talía fue retirada de una escuela bajo el supuesto de poner en riesgo la integridad de sus compañeros. Para resolver la controversia entre las partes sobre estos puntos la Corte abordará las siguientes dos cuestiones: a) los alcances del derecho a la educación relevantes para el presente caso, y b) la violación del derecho a la permanencia en el sistema educativo, el derecho a no ser discriminado y la adaptabilidad en relación con el derecho a la educación.

A. Alcances del derecho a la educación relevantes para el presente caso: el derecho a la educación de las personas con condiciones médicas potencialmente generadoras de discapacidad como el VIH/SIDA

235. Ahora bien, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que para garantizar el derecho a la educación debe velarse por que en todos los niveles educativos se cumpla con cuatro características esenciales e interrelacionadas: i) disponibilidad, ii) accesibilidad, iii) aceptabilidad y iv) adaptabilidad :

a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección

1583 “*Instituto de Reeducación del Menor*” c. *Paraguay*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 2 de setembro de 2004, Serie C No. 112, § 253.

1584 *Gonzales Lluy e outros c. Equador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de setembro de 2015, Série C No. 298.

contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.

b) Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:

i) No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos m[á]s vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos [...];

ii) Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia);

iii) Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

c) Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza [...].

d) Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

240. Teniendo en cuenta estas características, y en atención a las condiciones de vulnerabilidad que ha enfrentado Talía, la Corte estima pertinente precisar algunos elementos sobre el derecho a la educación de las personas que conviven con condiciones médicas potencialmente generadoras de discapacidad como el VIH/SIDA. Al respecto, también se involucrarán algunos componentes asociados al derecho a la educación de las personas con discapacidad. En este punto, las Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos de Naciones Unidas precisan lo siguiente sobre el derecho a la educación de las personas con VIH/SIDA:

...

“Segundo, los Estados deben procurar que a los niños y adultos que viven con el VIH no se les deniegue discriminatoriamente el acceso a la educación, en particular el acceso a escuelas, universidades y becas, así como a la educación internacional, ni sean objeto de restricciones por su estado serológico con respecto al VIH. No hay razones de salud pública que justifiquen esas medidas, ya que no hay riesgo de transmitir casualmente el VIH en entornos educativos” .

“Tercero, los Estados, por medio de la educación, deben promover la comprensión, el respeto, la tolerancia y la no discriminación respecto de las personas que viven con el VIH”.¹⁵⁸⁵

Outro caso importante, continua a abordar a necessidade de pleno desenvolvimento, para tanto no julgado envolvendo caso *Artavia Murillo* y otros (“fecundación in vitro”) contra a Costa Rica,¹⁵⁸⁶ comenta que a proibição da possibilidade de fecundação in vitro, mediante lei, na Costa Rica viola o direito ao pleno desenvolvimento da pessoa e tolhe a finalidade da saúde, que não seria curar mas promover o bem-estar das pessoas.

290. El Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), en su artículo 18, señala que “[t]oda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (en adelante “CIADDIS”) define el término “discapacidad” como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. Por su parte, la CDPD establece que las personas con discapacidad “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. La discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras existentes en el entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.¹⁵⁸⁷

De todos estes casos percebe-se uma preocupação em assegurar o direito social por si, mas também uma crescente necessidade de qualificar estes direitos para que ocorra o pleno desenvolvimento. Isto nos leva a propor uma nova dimensão da justiça social, a material.

4. O QUE ESPERAR DOS DIREITOS SOCIAIS E DA JUSTIÇA SOCIAL NAS REFORMAS SOCIAIS.

Do que antes foi mencionado o contexto histórico será importante para pensarmos nos desafios que os tribunais, juízes e cortes de direitos humanos irão enfrentar a partir das reformas sociais implementadas nos países atualmente. Antes a justiça social e os direitos sociais foram incorporados na legislação para mitigar as injustiças sociais que as pessoas sofriam em suas relações sociais. O temor de uma revolução, que rompesse com as instituições, fez com que estes direitos fossem garantidos universalmente as pessoas.

1585 *Gonzales Lluy e outros c. Ecuador*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de setembro de 2015, Série C No. 298, § 233, 235 e 240.

1586 *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257.

1587 *Artavia Murillo e outros (Fecundação in vitro) c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C No. 257, § 290.

Contudo, atualmente, a polarização capitalismo e comunismo já não existe e o temor pelas injustiças que derrubaram governos também já não é tão explícito. Sem citar nomes mas pensando em fatos, governos que causam extrema injustiça por meio de suas instituições continuam no poder sendo que o único fator a retirá-los é a violação à certas normas jurídicas onde um impeachment serve para romper com as injustiças. Neste cenário várias reformas sociais estão sendo votadas e aprovadas, pelo Poder Legislativo de vários estados, retirando ou reduzindo a previdência, saúde ou desqualificando a educação. Todas estas medidas são aprovadas e tornadas lei nestes países, assim o primeiro desafio das cortes internacionais e do judiciário será pensar o quanto a finalidade dos direitos sociais garante uma previdência, saúde ou educação de forma a qualificar dignamente as pessoas. Não é uma inconstitucionalidade ou convencionalidade por afronta direta à normas da constituição ou de tratados de direitos sociais, mas casos concretos serão levados ao judiciário para avaliar o quanto digna é a vida de uma pessoa que não tem acesso a alimentos de qualidade, nem a um tratamento de saúde na hora certa, ou uma educação que possibilita uma pessoa a desempenhar uma escolha sobre a profissão que terá no futuro.

Assim a justiça social passaria a desempenhar uma outra dimensão, agora não apenas formal no sentido de levar dignidade de forma universal à todas as pessoas. Agora devemos pensar a justiça social em um sentido material, ou seja, qual é a qualidade dos direitos sociais que as pessoas terão acesso. Isto já se percebe nos casos contenciosos julgados pela Corte Interamericana. Nos cinco aposentados percebe-se esta separação a justiça social em um sentido formal para que eles tenham acesso à aposentadoria como antes tinham, mas justiça social material para que esta aposentadoria leve dignidade a eles, em um sentido qualitativo. No caso Talia, não basta ir a uma escola, a educação deve permitir o pleno desenvolvimento de uma pessoa, dentro de suas necessidades, ou seja, justiça social material.

Sendo assim demandas junto ao poder judiciário buscarão uma indenização pela saúde que não chegou a tempo, pela qualidade da educação básica que não permite a um estudante ser aprovado em uma faculdade que tenha disciplinas de matemática, e a sentença poderá ser desenvolvida em duas linhas. Ainda olhando apenas o aspecto formal da justiça social, no sentido de que o estado não é responsável pela qualidade dos serviços prestados, ou se comprometendo a, dentro do possível, ter políticas de melhoria efetiva destes direitos e assim revendo as políticas que hoje existem em relação ao trabalho, previdência e educação.

A frase que poderia servir de critério avaliativo para esta justiça social material seria: qual é a qualidade dos direitos econômicos, culturais e sociais que permite que a vida das pessoas seja algo digno de se viver?

5. TRADUÇÃO DO TRATADO DE VERSALHES SOBRE A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.

Por não ter sido realizada a tradução para o português do tratado de Versalhes, o qual é responsável pela mudança de paradigma do assistencialismo aos direitos sociais, e a criação e organização da primeira instituição internacional que protegia direitos sociais, ou seja, a Organização Internacional do Trabalho, e por ser um primeiro tratado que estabelece sanções ao país que não cumpre com as recomendações de uma comissão de inquérito sobre as violações destes direitos, segue abaixo a tradução das passagens mais importantes.

“Parte XIII – Trabalho - Seção I – Organização do Trabalho

Observando que a Liga das Nações tem como objetivo estabelecer a paz universal e que uma tal paz não poderia ser fundamentada a não ser pela justiça social.

Observando que existem condições de trabalho, envolvendo um grande número de pessoas, onde a injustiça, a miséria e as privações criam descontentamento e onde a paz e a harmonia universal são postas em perigo e observando que é urgente melhorar tais condições: por exemplo no que concerne a regulamentação das horas de trabalho, a fixação da duração máxima da jornada e da semana de trabalho, o recrutamento da mão de obra, a luta contra o desemprego, a garantia de um salário que assegure uma condição de existência adequada, a proteção dos trabalhadores contra as doenças gerais ou profissionais e os acidentes resultantes do trabalho, a proteção das crianças, adolescentes, mulheres, a pensão por velhice e por invalidez, a defesa dos interesses dos trabalhadores em território estrangeiro, a afirmação do princípio da liberdade sindical, a organização do ensino profissional, técnico ou outras medidas análogas.

Observando que a não adoção, por uma nação qualquer, de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculo aos esforços das outras nações que desejam melhorar a sorte dos trabalhadores de seus próprios países.

As altas parte contratantes movidas pelo sentimento de justiça e humanidade assim bem que pelo desejo de assegurar uma paz mundial durável, convencionam o que segue:

Capítulo primeiro – organização

Art. 387 É fundada uma organização permanente encarregada de trabalhar a realização do programa exposto no preâmbulo. Os membros originários da Liga das Nações serão membros originários desta organização e doravante a qualidade de membro da Liga das Nações entrará como membro de dita organização.

Art. 388 A organização permanente compreenderá: 1º uma assembleia geral dos representantes dos membros; 2º um escritório internacional do trabalho sob a direção de um conselho de administração previsto no art. 393.

Art. 389 A assembleia geral dos representantes dos membros terá seções a cada vez que necessitar e ao menos uma vez ao ano. Ela será composta de quatro representantes de cada membro onde 2 serão os delegados do governo e os outros dois representarão, respectivamente, de uma parte, os empregadores, de outra parte, os trabalhadores nacionais de cada membro.

Cada delegado poderá ser acompanhado por um conselho técnico onde o número pode ser de dois ou mais para cada matéria distinta inscrita na ordem do dia da sessão. Quando questões de interesse especial para as mulheres venha em discussões na conferência uma ao menos entre as pessoas designadas como conselheiros técnico deverá ser uma mulher.

Os membros se comprometem a designar os delegados e conselheiros técnicos não governamentais segundo a organização profissional mais representativa, seja dos empregadores seja dos trabalhadores do país considerado, sob a reserva de que tais organizações existam.

Os conselheiros técnicos não serão autorizados a usar da palavra sobre demandas feitas pelos delegados ou seus assistentes, e com a autorização especial do presidente da assembleia, eles não poderão votar.

Um delegado pode, por uma nota escrita endereçada ao presidente da assembleia, designar um de seus conselheiros técnicos como seu suplente, o dito suplente, nesta qualidade, poderá tomar parte das deliberações e voto.

O nome dos delegados e de seus conselheiros técnicos serão comunicados ao escritório internacional do trabalho pelo governo de cada um de seus membros.

Os poderes dos delegados e de seus conselheiros técnicos serão submetidos à verificação da Assembleia, a qual poderá por uma maioria de dois terços dos votos emitidos pelas delegações presentes, recusar a admitir todos os delegados e conselheiros técnicos que ela julgue não ser designado conforme os termos do presente artigo.

Art. 390 Cada delegado terá o direito de votar individualmente sobre todas as questões submetidas as deliberações da assembleia.

No caso onde um dos membros não ter designado delegado não governamental, o qual ele terá o direito, outro delegado não governamental terá o direito de tomar parte nas discussões da assembleia, mas não terá o direito à voto.

No caso da assembleia em virtude dos poderes que confere o art. 389, recusar a admissão de um delegado de um dos membros a estipulação do presente artigo será aplicada como se o dito delegado não fosse designado.

Art. 391 As sessões da assembleia ocorrerão na sede da Liga das Nações ou em qualquer outro lugar fixada pela assembleia, em uma sessão anterior, à maioria dos votos dos delegados presentes.

Art. 392 O escritório internacional do trabalho será estabelecido na sede da Liga das Nações e será parte de um conjunto de instituições da Liga (Société).

Art. 393 O escritório internacional será colocado sob a direção de um conselho administrativo composto de 24 pessoas, as quais serão designadas segundo as disposições abaixo;

O conselho de administração do escritório internacional do trabalho será composto como segue:

Doze pessoas representando os governos; Seis pessoas eleitas pelos delegados da assembleia representando os empregadores; Seis pessoas eleitas pelos delegados da assembleia representando os empregados e trabalhadores;

Sobre as doze pessoas representando os governos, oito serão nomeadas pelos membros cuja importância industrial é a mais a considerada e quatro serão nomeadas pelos membros designados, neste caso, pelos delegados governamentais à assembleia, exclusão feita dos delegados das oito membros acima mencionados.

A eventual contestação sobre a questão de saber quais são os membros segundo a maior importância industrial será decidido pelo conselho da Liga das Nações.

A duração do mandato dos membros do conselho de administração será de três anos. O procedimento para completar as vacâncias e outras questões da mesma natureza será regulada pelo conselho de administração sob a reserva de aprovação da Assembleia.

O conselho de administração elegerá um de seus membros como presidente e estabelecerá o seu regulamento. Ele se reunirá nos períodos que ele mesmo fixar. Uma sessão especial ocorrerá a cada fato que dez membros ao menos do conselho formularem por escrito ao mesmo.

Art. 394 Um diretor será designado à frente do escritório internacional do trabalho; ele será designado pelo conselho de administração do qual receberá as instruções e será responsável pelo bom andamento do escritório assim como a execução de outros encargos que será a ele confiado. O diretor ou seu suplente assistirão a todas as sessões do conselho de administração.

Art. 395 O pessoal do escritório internacional do trabalho será escolhido pelo diretor. A escolha deverá, dentre as possibilidades, ter a preocupação de obter um melhor rendimento, sob pessoas de diferentes nacionalidades. Um certo número destas pessoas deverá ser de mulheres.

Art. 396 As funções do escritório internacional do trabalho compreendem a centralização e distribuição de todas as informações concernentes a regulamentação internacional das condições dos trabalhadores, do regime de trabalho e, em particular, o estudo das questões que são propostas e submetidas a discussão da assembleia em vista da conclusão de das convenções internacionais, assim como a execução de todas as questões especiais prescritas pela assembleia.

Ele será encarregado de preparar a ordem do dia das sessões da assembleia.

Ele realizará, em conformidade com os normas da presente parte ou do presente tratado, os deveres que lhe incumbe e no que concerne as disputas internacionais.

Ele redigirá e publicará em francês, em inglês ou outra língua que o conselho de administração julgar conveniente, um boletim periódico consagrado aos estudos das questões concernentes a indústria e ao trabalho e apresentem um interesse internacional.

De uma maneira geral ele terá em suas funções indicadas no presente artigo, todos os outros poderes e funções que a assembleia julgar a propósito de lhe atribuir.

...

Capítulo II – Funcionamento

...

Art. 405 Se a assembleia se pronuncia pela adoção de proposições relativas a um objeto da ordem do dia, ela terá que determinar estas proposições seguindo a forma: a) de uma ‘recomendação’ a submissão ao exame dos membros, em vista de tornar-se uma lei nacional ou outro tipo; b) ou bem de um projeto de convenção internacional a ser ratificada pelos membros.

Nos dois casos, uma recomendação ou um projeto de convenção, serão adotadas pelo voto final da assembleia, em uma maioria de dois terços dos delegados presentes.

No formato de uma recomendação ou de um projeto de convenção de aplicação geral a assembleia deverá respeitar, no país, o clima, o desenvolvimento incompleto da organização industrial ou outras circunstâncias particulares que fazem com as condições industriais essencialmente diferentes e ele deverá sugerir tais modificações que considera possíveis e necessárias para responder as condições próprias de cada país.

...

Cada um dos países se comprometem, dentro de um ano, a partir do encerramento da assembleia, (ou se por conta de circunstâncias excepcionais é impossível de proceder dentro de um ano, mas jamais a mais de dezoito meses do encerramento da assembleia) a recomendação ou projeto de convenção, a autoridade ou as autoridades com competência sobre a matéria, em vista de transformar em lei ou tomar as medidas ordenadas.

Se é uma recomendação os membros informarão ao secretário geral das medidas tomadas.

...

O artigo acima será interpretado em conformidade com o princípio abaixo:

Em nenhum caso será demandado a algum dos membros como consequência da adoção pela assembleia de uma recomendação ou um projeto de convenção para diminuir a proteção já acordada pela sua legislação aos trabalhadores.

...

Art. 408 Cada um dos membros se compromete a apresentar ao escritório internacional do trabalho um relatório anual das medidas tomadas por ele sobre a execução das convenções as quais aderiu. Este relatório será redigido segundo a forma indicada pelo conselho de administração e deverá conter demandas específicas por este. O diretor apresentará um resumo destes relatórios na próxima sessão da assembleia.

Art. 409 Todas as reclamações endereçadas ao escritório internacional do trabalho por uma organização profissional de trabalhadores ou patronal e ao termo do qual um dos membros não tenha assegurado de maneira satisfatória a execução de uma convenção que tenha aderido, poderá o conselho de administração colocar em demanda o governo e este será convidado a dar uma declaração sobre a matéria, que achar pertinente.

Art. 410 Se não foi recebida nenhuma declaração pelo governo, dentro de um prazo razoável, ou se a declaração recebida não pareça satisfatória pelo conselho de administração, este último terá o direito de tornar público a reclamação recebida e, neste caso a resposta dada.

Art. 411 Cada um dos membros poderá depositar uma queixa ao escritório internacional do trabalho contra um outro membro que, na sua visão não garanta de maneira satis-

fatória a execução de uma convenção que um ou outro tenha ratificado em virtude dos artigos anteriores.

O conselho de administração poderá, se julgar adequado, criar uma comissão de inquérito segundo o procedimento indicado antes, e fará relatório com o governo colocado na causa em conformidade com o art. 409.

...

Art. 412 A comissão de inquérito será constituída da seguinte forma:

...

Art. 414 A comissão de inquérito, depois de um exame profundo da queixa, redigirá um relatório onde registrará as constatações precisas da contestação assim como as recomendações que ele deva formular quanto as medidas que o governo deverá tomar e o tempo em que estas medidas serão adotadas.

Este relatório, igualmente, no caso aplicará as sanções de ordem econômica contra o governo, posto na causa e que a comissão julgue conveniente e onde a aplicação por outros governos pareça justificável.

...

Art. 416 No caso não tome, relativamente a uma recomendação ou projeto de convenção, uma medida prescrita pelo art. 405 os outros membros terão o direito de referir este estado na Corte Permanente de Justiça Internacional.

...

Capítulo III – Prescrições Gerais

...

Capítulo IV – Medidas Transitórias Seção II – Princípios gerais

Art. 427 As altas partes contratantes reconhecem que o bem-estar físico, moral e intelectual dos trabalhadores assalariados é de uma importância essencial ao ponto de vista internacional, onde estabelece que para alcançar um objetivo mais elevado, a organização permanente prevê na seção I e se associa à Sociedade das Nações.

Eles reconhecem que as diferenças entre climas, costumes, usos, oportunidades econômicas e de tradições industriais trazem uma dificuldade esperada, de maneira imediata, a uniformidade absoluta das condições de trabalho. Mas convencidos de que eles e o trabalho não podem ser considerados como um artigo de comércio é refletido que existe métodos e princípios para a regulamentação das condições de trabalho e todas as comunidades industriais deveriam se esforçar muito para aplicar e que as circunstâncias especiais as quais eles poderiam se encontrar, lhe permitam.

Entre os métodos e princípios os seguintes parecem, as Altas Partes contratantes, serem de uma importância particular e urgente:

1. O princípio dirigente que enuncia que o trabalho não deve ser considerado simplesmente como uma mercadoria ou um artigo de comércio.

2. O direito de associação, em vista dos objetos não contrários à lei, assim bem que pelo salário do que pelo empregador.
3. O pagamento aos trabalhadores de um salário que lhes assegure um nível de vida conveniente tal qual lhe compreensível ao seu tempo e seu país.
4. A adoção de uma jornada de oito horas ou de uma semana de quarenta e oito horas como objetivo esperado para todos que ainda não obtiveram.
5. A adoção de um repouso semanal de vinte e quatro horas mínimas, que deverá compreender o domingo e em todo tempo possível.
6. A supressão do trabalho de crianças e a obrigação de trazer os jovens trabalhadores de ambos os sexos, a limitação necessária para permitir que continuem sua educação e que assegure seu desenvolvimento físico.
7. O princípio de um salário igual, sem distinção de sexo, por um trabalho de valor igual.
8. As regras promulgadas em cada país, aos sujeitos, sob as condições de trabalho deverão assegurar um tratamento econômico equitativo a todos os trabalhadores residentes legalmente em seu país.
9. Cada estado deverá organizar um serviço de inspeção, que incluirá mulheres, afim de assegurar a aplicação das leis e regulamentos pela proteção do trabalhador.

Sem proclamar que estes princípios e métodos são ou completos ou definitivos, as Altas Partes contratantes, são à medida de seu progresso guias da Liga das Nações, e que se eles são adotados pelas comunidades industriais que são integrantes da Liga das Nações eles serão mantidos intactos pela prática e pelos inspetores se propagaram as bondades permanentes sobre os salários do mundo.

Anexo – primeira sessão da assembleia do trabalho 1919

....

A ordem do dia será o que segue:

- 1º Aplicação do princípio da jornada de 8 horas e a da semana de 48 horas.
- 2º Questões relativas aos meios de prevenir o desemprego e de remediar suas consequências.
- 3º Emprego das mulheres: a) antes e depois do parto (compreendendo a questão da indenização da maternidade); b) para a noite; c) nos trabalhos insalubres.
- 4º Emprego das crianças: a) idade de admissão ao trabalho; b) trabalho noturno; c) trabalho insalubre.
- 5º Adoção e aplicação das convenções internacionais adotadas em Berna, em 1906, sobre a interdição do trabalho feminino, à noite, aos empregados nas indústrias e, a proibição do emprego do fósforo branco (amarelo) nas indústrias de palitos de fósforo.” (Tratado de Versalhes, 1919, p. 1699 a 1703)

Assim encerra este tratado a passagem sobre os direitos sociais e assim é possível ter acesso a uma informação histórica importante sobre este primeiro sistema protetivo internacional sobre direitos humanos.

6. CONCLUSÃO.

O presente artigo tem como objetivo trazer ao debate jurídico dois pontos de ineditismo e/ou pouco comentário na doutrina. O primeiro é incluir o Tratado de Versalhes como marco normativo dos direitos sociais além das conhecidas Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Sua importância está em ser um tratado internacional responsável por criar uma instituição e mecanismos de proteção dos direitos sociais antes do surgimento das Nações Unidas ou outra instituição após a IIª Guerra Mundial. Dos direitos que estão positivados ao longo do tratado a preocupação com a participação e os direitos de minorias como indígenas estão presentes no tratado, além da participação das mulheres nestas instituições, um fator que rompe as barreiras jurídicas da discriminação nos idos de 1920. Observa-se que os estados poderiam demandar contra outros estados por descumprir as leis ou convenções a respeito de direitos sociais, além de organizações profissionais de trabalhadores e empregadores. O trâmite é definido e até uma comissão poderia ser enviada para investigações e, por fim, uma recomendação poderia ser proposta ao estado que desrespeite os direitos sociais. A comissão de inquérito que investigará estes fatos adota um relatório que impõe sanções de ordem econômica ao país e se este não cumprir pode ser demandado na Corte Internacional de Justiça, órgão também criado pelo Tratado de Versalhes, e que não poderá ter nenhuma apelação desta decisão.

Anteriormente, o assistencialismo imperava na sociedade liberal e a mudança ocorre por receio das revoluções marxistas que se inserem neste período e assim o liberalismo vai buscar garantir justiça social para que não ocorra rupturas institucionais. Por conta disto que ocorre a transição entre a solidariedade e o assistencialismo, algo parcial e limitado, para um alcance universal dos direitos sociais a partir do Tratado de Versalhes.

Como uma permissão dada pelos liberais, os direitos sociais fundados na justiça social promovem a dignidade da pessoa humana, mas como dependem da realidade de cada país, a progressividade na implementação é garantida nos tratados de Direitos Humanos, como a Convenção Americana. Os casos contenciosos analisados demonstram que além de garantir os direitos sociais a Corte Interamericana preocupa-se com a finalidade e qualidade destes direitos aos autores das demandas. Trazendo a segunda reflexão do presente artigo.

O segundo ponto é encarar a justiça social não apenas como o fundamento dos direitos sociais que promovem a dignidade social a todas as pessoas, mas como será a qualidade do bem-estar social que as pessoas irão usufruir. Um aspecto é importante,

não é a qualidade para uma única pessoa, mas para toda a coletividade, além disto, condições econômicas, políticas e sociais de um país são levadas em consideração para qualificar a implementação destes direitos sociais. Outro é avaliar a finalidade de determinadas medidas para concretizar estes direitos, assim não olhando só o ponto de vista formal, mas material desta justiça social. Como nos casos comentados não basta ter ensino, mas educação é também um processo inclusivo e tem como finalidade o desenvolvimento das pessoas.

Assim esta reflexão final pensa nas reformas sociais implementadas, ou em vias de implementação nos mais variados países da América e Europa, cuja formalidade normativa garantem sua validade, mas as demandas que os juízes, tribunais, cortes internacionais irão enfrentar será: como normas, validamente aprovadas, que modificam direitos sociais podem não mais garantir as pessoas condições dignas de trabalho, saúde, previdência, educação, alimentação?

A solução da progressividade dos direitos sociais nos apresenta a justiça social material como fundamento de decisão na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

BIBLIOGRAFIA

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 2. Rio de Janeiro Forense 2017.

BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. vol. 5, n. 48, 2003. Em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/747>, acesso em 05/01/2020.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 11. São Paulo Saraiva 2017.

CONSTANT, Benjamin. *A liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, v.3. São Paulo Atlas 2015.

D'AZEGLIO, Luigi Taparelli. *Della nazionalità*. Firenze, 1849.

DOM BOSCO. *Contrato de prestação de serviços*. Centro de documentação e pesquisa.

Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador" / [Preparado por Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Anuales previstos en el Protocolo de San Salvador], 2015. Acesso em 05/01/2020 em https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf.

MARX, Karl. *O capital*. Rio de Janeiro, LTC 1982.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5. São Paulo Saraiva 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. São Paulo Saraiva 2016.

RODGERS, Gerry; LEE, Eddy; SWEPSTON, Lee et VAN DAELE, Jasmien. *L'Organisation internationale du Travail et la quête de justice sociale*, 1919-2009. Bureau international du Travail – Genève: BIT, 2009.

TOMÁS de Aquino, Santo. *Suma teológica*. São Paulo: Loyola, volume VI, 2005.

TOMÁS de Aquino, Santo. *Suma teológica: os hábitos e as virtudes - os dons do Espírito Santo - os vícios e os pecados - a lei antiga e a lei nova - a graça*. São Paulo: Loyola, 2005.

PARÂMETROS INTERNACIONAIS PARA EFETIVIDADE DAS LIBERDADES CULTURAIS NO CONTEXTO INTERAMERICANO

Marcus Pinto Aguiar

RESUMO: O presente trabalho busca delinear, no contexto jurídico e institucional do sistema internacional de proteção e promoção de direitos humanos, parâmetros jurisdicionais que promovam a máxima efetivação das liberdades culturais, a partir, principalmente, dos mecanismos regionais interamericanos. Nesse sentido, procedeu-se à análise da jurisprudência contenciosa e consultiva da Corte Interamericana, da Convenção Americana de Direitos Humanos, da normatividade convencional de outros sistemas protetivos, do pronunciamento de órgãos jurisdicionais dos demais sistemas internacionais, além da pesquisa bibliográfica. Levou-se em consideração, na construção da pesquisa, recortes materiais, no sentido de abordar as manifestações das liberdades culturais, sob a forma de expressão artística e identitária, este último como autonomia para a escolha dos próprios planos de vida. Desse modo, conclui-se que as liberdades culturais, enquanto direitos humanos e fundamentais devem ser protegidos em suas expressões mais amplas de manifestação pelo Estado e pela sociedade, cabendo apenas, excepcionalmente, restrições legais e adequadas à realidade social para se evitar prejuízos a outros direitos e à segurança nacional, e à reparação civil posterior por eventuais abusos de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão. Liberdades culturais. Parâmetros internacionais. Controle de convencionalidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Liberdade de expressão como manifestação de um conjunto de liberdades culturais; 3. Liberdades culturais: possibilidade de parametrização; 4. As liberdades culturais na jurisprudência contenciosa e consultiva da corte interamericana; 4.1 Caso *Olmedo Bustos e outros c. Chile* - caso “A última tentação de Cristo”; 4.2 Caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicarágua*; 5. Parâmetros internacionais para promoção da liberdade de expressão e das liberdades culturais; 5.1 Controle de convencionalidade: garantia da efetivação dos parâmetros interamericanos em matéria de liberdades culturais; 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos e na análise do tratamento dado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por meio de suas decisões jurisprudenciais às liberdades culturais, busca-se compreender os principais parâmetros regionais para a proteção e promoção de tais liberdades, e qual seu alcance no contexto geral da proteção da liberdade de expressão como direito humano fundamental.

Nessa perspectiva, levam-se em consideração as dimensões individual e social das liberdades culturais, enquanto instrumento de desenvolvimento pessoal e coletivo,

de uma comunidade que tem nas suas expressões culturais os meios para se identificar, reconhecer suas diversidades e estabelecer marcos de convivência, próprio de Estados democráticos.

Desse modo, para verificação do tratamento dado às liberdades culturais na América Latina, analisa-se o Sistema Interamericano e seus fundamentos normativos de proteção e promoção da liberdade de expressão e das liberdades culturais, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, mais especificamente, o disposto em seu artigo 13.

Considerando ainda o caráter expansivo e interdependente dos direitos humanos, propõe-se a verificação do tratamento dado às liberdades de expressão, fundamento das liberdades culturais, nos instrumentos do Sistema Global da Organização das Nações Unidas (ONU), no caso, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e na Convenção Europeia de Direitos Humanos, parâmetro normativo principal do Sistema Europeu, além de analisar diretrizes regulatórias propostas pelo Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão e o Relatório de Desenvolvimento Humano, de 2004, este último com abordagem específica das liberdades culturais.

Aqui também se faz referência à jurisprudência contenciosa e consultiva, esta última, por meio de Pareceres ou Opiniões Consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, principal órgão jurisdicional do Sistema Interamericano, que tem se posicionado de maneira firme, coerente e consolidadora, frente a mais ampla garantia que se deve dar à liberdade de expressão, juntamente com as liberdades culturais, além de ressaltar a estreita relação de tais direitos com a democracia substancial e o desenvolvimento humano na América Latina, buscando-se afastar de argumentos puramente moralizantes.

A proposta da pesquisa inclui ainda a análise específica de dois julgados da Corte Interamericana, em matéria de liberdade artística e de liberdade identitária, como fundamento da parametrização que se pretende aqui elaborar para as liberdades culturais.

Por fim, refere-se à importância do controle de convencionalidade como instrumento de interação do direito internacional dos direitos humanos com o direito de ordem interna, promovendo processos de aplicação de normas de fontes diversas nos contextos nacionais, aportando potencialidades para a construção de um direito comum – *jus commune* – regional ou, pelo menos, latino-americano, como característica de um projeto em busca de implementar, ampliar e integrar competências, jurisdições, interpretações, culturas e garantias para a máxima efetividade dos direitos humanos - em especial, as liberdades culturais - e que se dá *peri passu* com a concretização dos direitos fundamentais no âmbito nacional.

Conclui-se que os sistemas internacionais de proteção e promoção de direitos humanos tem como regra geral e primeira a mais ampla liberdade para garantir as manifestações das liberdades culturais, com a possibilidade de, complementarmente, fortalecer o sistema nacional para alcançar a máxima efetividade dos direitos no âmbito interno; e que as possíveis restrições só podem se dar com fundamento na legalidade estrita e adequada para atender as necessidades sociais de garantia de outros direitos humanos e fundamentais, cuja ponderação deve se dar sempre que possível no sentido da maior promoção das referidas liberdades

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO MANIFESTAÇÃO DE UM CONJUNTO DE LIBERDADES CULTURAIS

Ressalta-se inicialmente que as liberdades culturais têm um espectro de abordagem muito vasto, uma vez que podem ser compreendidas nos campos artístico, linguístico, de práticas culturais comunitárias, e da liberdade de expressão, entre outras.

Para o recorte que se propõe, o foco se dá nas liberdades culturais alcançadas pelas ideias de criação e expressão, mais especificamente, as liberdades culturais de expressão, tal como a liberdade artística, inclusive a de expressão da própria identidade, conforme os parâmetros estabelecidos a partir das jurisdições contenciosa e consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em interação com outras fontes de produção de tratados internacionais de direitos humanos.

Desse modo, a liberdade de expressão pode ser compreendida não apenas como uma das mais importantes liberdades fundamentais, mas também como um conjunto de liberdades culturais, como dispostas, por exemplo, ao longo do artigo 5º, da Constituição Federal brasileira, tais como: a liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de imprensa, a liberdade de expressão da atividade intelectual, científica e de pensamento, a liberdade de expressão artística e a liberdade identitária.

De acordo com Silva (2005, p. 241), a exteriorização do pensamento é que aporta interesse maior para o direito por conta dos conflitos que usualmente proporciona no seio social. Considera, dessa forma, o referido autor, ser a liberdade de opinião uma “liberdade primária e ponto de partida das demais”; compreendendo a liberdade de comunicação, “as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação”.

Esta multiplicidade de formas desse conjunto de liberdades tem um caráter interativo dialógico com força sociocultural e jurídica para prevenir violações das demais liberdades culturais, inclusive diante da discriminação por conta da identidade cultural. Daí entender a ONU (2004) que a liberdade cultural é uma expressão da identidade pessoal e comunitária, de acordo com seu informe sobre Desenvolvimento Humano, nos termos seguintes:

La libertad cultural es la libertad que tienen las personas de escoger su identidad (de ser quienes son) y vivir sin perder el acceso a otras opciones que les resultan importantes. La libertad cultural es violada cuando hay falta de respeto o reconocimiento por los valores, las instituciones o los estilos de vida de grupos culturales y cuando las personas son discriminadas debido a su identidad cultural (ONU, 2004).

Não é sem razão que Canotilho (2010, p.349) ao se referir à “constituição cultural”, aponta como fundamental o direito à cultura e ao ensino como condição a uma “*real liberdade* de formação de desenvolvimento da personalidade e instrumento indispensável da própria emancipação (progresso social e participação democrática)”.

Para que esse processo emancipatório se realize, é preciso que se manifestem as condições materiais e imateriais intrínsecas a uma vida digna; daí a necessidade ainda de se pensar sob a ótica do alargamento da ideia de um princípio da democracia econômica, não restrita a uma simples dimensão econômica, mas que alcance os deveres estatais de proteção e promoção das diversas expressões culturais no âmbito geopolítico do Estado, ou seja, segundo Canotilho (2010, p. 349):

Quando se fala de prestações existenciais para ‘assegurar uma existência humana digna’ pretende-se também aludir à indissociabilidade da ‘existência digna’ de uma expressão cultural e, ao mesmo tempo, à inseparabilidade da ‘democracia cultural’ de um dever de cuidado pelas prestações culturais (*Daseinsvorsorge*) material.

Esta visão ampliada da democracia econômica também pode ser destacada na Constituição Federal do Brasil, quando expressa os princípios gerais da atividade econômica, em seu capítulo I, do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira – em especial, no *caput* do artigo 170, quando dispõe que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (BRASIL, 2019).

Assim, de nada adianta um crescimento econômico que eleve a riqueza econômica do país se não há proporcionalidade na distribuição de renda para fortalecer a igualdade material e a justiça social em busca de uma autêntica promoção de uma vida humana digna, que também é fomentada pela ampliação das liberdades culturais.

Vale ressaltar, a posição defendida pelos juízes Cançado Trindade e Robles, em voto apartado da sentença final do caso *Comunidade indígena Yakye Axa c. Paraguay*, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como segue: “*la identidad personal no comprende únicamente conceptos estrictamente biológicos, sino que también abarca aspectos tan variados como el patrimonio cultural, histórico, religioso, ideológico, político, profesional, social y familiar de una persona*” (OEA, 2005)

Nessa perspectiva, a liberdade de escolha da própria identidade, em suas múltiplas dimensões – religiosa, de gênero, linguística, cultural, etc. - pressupõe maior participação popular e voz na esfera pública, ambiente próprio das democracias. E aqui surgem alguns conflitos delicados, pois essa diversidade cultural, paradoxalmente, é

uma fonte de enriquecimento individual e social, mas também, de grandes desafios para a gestão do Estado, especialmente no que concerne ao fomento de oportunidades igualitárias ao acesso para participação na esfera pública e nas decisões referentes às políticas culturais.

3. LIBERDADES CULTURAIS: POSSIBILIDADE DE PARAMETRIZAÇÃO

O caminho das liberdades culturais tem sido marcado por tensões entre a livre manifestação como princípio fundamental e as limitações impostas pela sociedade e pelo Estado. De um lado, a defesa do pleno desenvolvimento humano por meio da exteriorização de suas potencialidades; e do outro, a aferição da aceitabilidade social frente a tais expressões.

Entre os referidos extremos, estão presentes vários princípios fundamentais, como instrumentos de harmonização de condutas e de interesses, além de meios de resolução de disputas, tais como: autonomia da vontade, acesso à cultura, liberdade de culto, não-discriminação, melhor interesse da criança e do adolescente, responsabilidade dos pais pela educação dos filhos, dever de informação, entre outros.

Nesse sentido, da mesma forma que os demais direitos humanos, as liberdades culturais têm seu fundamento na dignidade da pessoa humana e no princípio democrático do Estado de Direito, ambos vistos como meios fecundos de realização do pleno desenvolvimento humano, ao possibilitar a mais ampla liberdade para manifestação de ideias e planos de vida, haja vista que apesar das possíveis restrições sociais e legais – vedação ao anonimato e ofensa da honra, assim como a classificação indicativa – prevalece a liberdade como princípio primário e regra geral, sendo os abusos rechaçados *a posteriori*.

As diretrizes aqui dispostas como orientadoras da aplicação da ordem jurídica nacional em matéria de liberdades culturais têm nos sistemas internacionais de direitos humanos instrumentos complementares e subsidiários que possibilitam a máxima efetividade de tais direitos, especialmente, por conta do vínculo jurídico “desejado” pelos Estados, quando se obrigam a cumprir obrigações previstas nos tratados internacionais, além de livremente se submeterem, em alguns casos, à jurisdição das cortes regionais, no caso das Américas, à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Entende-se que o estudo das normas convencionais de tais sistemas protetivos e da jurisprudência – contenciosa e consultiva – da Corte Interamericana, além de outros tratados em matéria de direitos humanos e da jurisprudência de outros tribunais internacionais, pode formar um *jus commune* a ser aplicado como parâmetro de interpretação e solução de conflitos nesse campo cultural, marcado por expressões diversas que procuram se expressar para manifestar sua identidade e seus interesses.

Desse modo, para “gerir a diversidade e respeitar as identidades culturais”, é que se entende legítima a busca por indicadores de medição da liberdade cultural para além dos que se referem aos investimentos em bens culturais de consumo, tais como: peças de teatro, filmes, livros, entre outros.

Nesse caso, deve-se considerar a relevância das liberdades culturais e demais direitos culturais como fundamentais para a concretização de uma existência digna, sinônimo de realização pessoal e coletiva em um contexto de participação democraticamente substancial na arena pública, ou seja, a mais ampla possibilidade de expressão das liberdades culturais está intrinsecamente atada ao desenvolvimento humano, pois, como dispõe o relatório da ONU (2004):

La preocupación central del desarrollo humano es la gente, más específicamente, ampliar las alternativas de las que dispone la gente para ser y hacer aquello que valoran en la vida”. [...] La gente también debe tener la libertad de optar por alternativas culturales sin ser castigada por ello ni verse obligada a renunciar a otras opciones, como puestos de trabajo, escolaridad, vivienda, atención en salud, voz política y muchas otras oportunidades cruciales para el bienestar del ser humano.

Uma vez que se propõe, em consonância com a ONU (2004), a íntima ligação entre liberdades culturais e realização identitária, nas dimensões individual e coletiva, é preciso, então, compreender que os processos de violação de tais direitos remetem à exclusão cultural, e se manifestam “quando há falta de respeito ou reconhecimento dos valores, das instituições ou dos estilos de vida de grupos culturais e quando as pessoas são discriminadas devido a sua identidade cultural”.

Assim, o próprio Informe sobre o Desenvolvimento Humano de 2004, produzido pela ONU, trata da importância de se elaborar um indicador de liberdade cultural, tal qual o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), enquanto instrumento de inclusão social, de promoção da dignidade da pessoa humana e que estabeleça parâmetros para análise das ações dos agentes públicos frente aos seus deveres constitucionais.

Nesse contexto, o índice de liberdade cultural pode proporcionar uma perspectiva mais aproximada da valorização que as democracias estatais atribuem ao desenvolvimento humano, como fator de plena promoção das capacidades humanas, contribuindo, consequentemente, para o desenvolvimento nacional em uma dimensão ampliada, para além da econômica.

Na perspectiva aqui proposta, entende-se que a busca de parâmetros normativos para as liberdades culturais é uma possibilidade factível, especialmente com os aportes advindos dos sistemas internacionais de proteção e de promoção de direitos humanos como se vê a partir da próxima seção.

4. AS LIBERDADES CULTURAIS NA JURISPRUDÊNCIA CONTENCIOSA E CONSULTIVA DA CORTE INTERAMERICANA

Do exposto anteriormente, tem-se que a liberdade de expressão, e seu conjunto de liberdades culturais, são pressupostos da formação da personalidade e da autonomia individual, uma vez que, por meio delas, o indivíduo tem acesso às informações e às ideias que permitem escolhas livres e conscientes, contribuindo para a construção de sua individualidade.

O denominado Sistema Global de proteção e promoção de direitos humanos, sob a supervisão da Organização das Nações Unidas, em matéria de liberdade de expressão e, especificamente, liberdades culturais, tem no artigo 19, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e no artigo 19, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, disposições que asseguram o mais amplo exercício de tais direitos (ONU, 1945; ONU, 1966).

No âmbito do Sistema Interamericano, inserido na Organização dos Estados Americanos (OEA), cujo principal documento normativo é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), disposto principalmente em seu artigo 13, sobre o direito à liberdade de pensamento e de expressão, tem-se que:

Artigo 13 LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagrou o direito à liberdade de pensamento e expressão ao compreender a “liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza”. Além disso, a previsão convencional dispõe que é vedada a censura prévia, existindo apenas a possibilidade de responsabilização posterior, em caso de condutas ilícitas.

Com o tempo, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), especialmente ao deliberar sobre questões de violações das liberdades no

contexto dos regimes de exceção da América Latina, nas décadas de 1960 a 1980, foi construída no sentido de reconhecer a intensa relação entre a liberdade de expressão e a democracia. Isso porque a liberdade de expressão se realiza na democracia, e é a partir da liberdade de expressão que se constrói a própria democracia.

Tal entendimento vem sendo construído pela Corte Interamericana desde a Opinião Consultiva nº 5, emitida em 13 de novembro de 1985, que definiu os parâmetros acerca da matéria e que serve de diretriz às decisões da Corte IDH.

Aqui vale lembrar que a referida Corte regional, além de se manifestar por meio de decisões advindas de sua função contenciosa, possui também uma jurisdição consultiva, por meio da qual os Estados Membros e órgãos da Organização dos Estados Americanos (OEA) podem realizar consultas, e contribuir para a efetividade dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito doméstico, conforme previsão do artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos e do artigo 2º do Estatuto da Corte IDH, além de regulamentação nos artigos 60 a 65 do Regulamento da Corte Interamericana. Assim, dispõe o referido artigo 64:

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.
2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

No caso que provocou a consulta à Corte IDH, o Estado da Costa Rica requer Parecer Consultivo sobre a existência ou não de conflito ou contradição entre o registro profissional obrigatório como requisito indispensável para poder exercer a atividade do jornalista em geral e, em especial, do repórter – segundo sua lei interna – e as normas dispostas nos artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) (OEA, 1985).

Assim, ao se manifestar, por meio da Opinião Consultiva n. 5, de 1985, a Corte IDH (1985) dispõe, por unanimidade, que a exigência do registro profissional obrigatório de jornalista, conforme disposto na Lei nº 4420 de 22 de setembro de 1969 - Lei Orgânica do Conselho de Jornalistas da Costa Rica - é incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁵⁸⁸.

Dessa forma, ressalta a Corte IDH, que a liberdade de expressão, conforme disposto no artigo 13 da Convenção Americana, tem uma dimensão de direito individual

¹⁵⁸⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *O registro profissional obrigatório de jornalistas (artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos)*, Opinião Consultiva OC-5/85, 13 de novembro de 1985, Série A No. 5, § 85.

e outra de direito coletivo, pois afirma que a liberdade de pensamento e de expressão "compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza", ressaltando não apenas o direito de expressar-se, mas também o de ter acesso às informações e ideias que são postas pelos outros¹⁵⁸⁹.

Dai que a restrição ilegal do indivíduo se expressar é também uma violação ao direito de todos poderem ter acesso ao conteúdo do que se deseja expressar, isto é, um direito coletivo de conhecer o pensamento dos outros.

Nessa perspectiva, as liberdades culturais podem ser vistas como o mais amplo exercício dos direitos culturais, no que concerne a autonomia de escolhas que permitem a divulgação e comunicação de pensamentos, ideias, informações, planos de vida e vivências da diversidade de expressões culturais; assim como podem ser entendidas como o exercício pleno do direito de escolha e manutenção de identidade étnica, linguística e religiosa.

Para melhor explicitação de parâmetros relativos à liberdade de expressão e às culturais, construídos pela jurisprudência da Corte Interamericana, apresentam-se dois julgados de suma importância para se entender o tratamento dado pelo tribunal regional no âmbito das liberdades artísticas e das identitárias, respectivamente, por meio da análise do caso *Olmedo Bustos e Outros c. Chile* (caso A Última Tentação de Cristo), e o caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicarágua*.

4.1 CASO OLMEDO BUSTOS E OUTROS C. CHILE - CASO "A ÚLTIMA TENTACÃO DE CRISTO"

O caso *Olmedo Bustos e outros c. Chile*, também conhecido como Caso "A Última Tentação de Cristo", cuja sentença de mérito, prolatada em 5 de fevereiro de 2001, reconheceu a incompatibilidade do artigo 19, número 12 da Constituição chilena frente à Convenção Americana, implicando na responsabilidade internacional do Estado Chileno por violação de direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A denúncia do referido caso chegou à Comissão Interamericana em 3 de setembro de 1997 e, após os trâmites processuais de praxe, foi submetida à Corte Interamericana em 15 de janeiro de 1999, com a alegação de possível violação dos artigos 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 12 (liberdade de consciência e religião), da Convenção Americana, que implicou na violação também dos artigos 1.1 (obrigação de respeitar direitos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) (OEA, 2001a).

De acordo com a denúncia da Comissão Interamericana, o Estado chileno, por meio de decisão da Corte Suprema do Chile, em 17 de junho de 1977, proibiu a exibição

1589 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *O registro profesional obligatorio de periodistas (artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Derechos Humanos)*, Opinião Consultiva OC-5/85, 13 de novembro de 1985, Série A No. 5, § 30.

do filme “A Última Tentação de Cristo”, causando “prejuízos à sociedade chilena e, particularmente, aos senhores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes”.

Assim, o órgão de admissibilidade de demandas da OEA solicitou à Corte regional que decidisse no sentido de favorecer a exibição e publicidade do filme, e que as normas constitucionais e legais fossem compatibilizadas com a Convenção Americana de Direitos Humanos, além da abstenção de censura prévia pelos órgãos do poder público chileno¹⁵⁹⁰.

Em princípio, entende-se que, assim como não há direito humano absoluto, não é possível também direito a livre expressão sem restrições; e, no caso, compete ao Estado, na ordem interna, essencialmente por meio de sua Carta Magna, estabelecer as restrições aos direitos humanos fundamentais. Desse modo, a Constituição Política da República do Chile, promulgada em 08 de agosto de 1980, dispõe acerca do artigo 19, número 12, nos termos:

Artigo 19 – A Constituição assegura a todas as pessoas:

12º. – A liberdade de emitir opinião e a de informar, sem censura prévia, em qualquer forma e por qualquer meio, sem prejuízo de responder pelos delitos e abusos que se cometam no exercício destas liberdades, em conformidade com a lei, a qual deverá ser de quórum qualificado. [...]. **A lei estabelecerá um sistema de censura para a exibição e publicidade da produção cinematográfica e fixará as normas gerais que regerão a expressão pública de outras atividades artísticas** (CHILE, 2005). (grifo nosso)

Nesse contexto, a lei reguladora da censura já estava em vigor por meio do Decreto Lei número 679, promulgado em 01 de outubro de 1974, que estabelece normas sobre a qualificação cinematográfica e cria o Conselho de Qualificação Cinematográfica, de modo que, em seu artigo 1º, outorga como missão ao Conselho a orientação da exibição cinematográfica e a qualificação das películas de acordo com as normas estabelecidas no próprio Decreto Lei referido. Dessa forma, as películas que ingressam no país devem contar com sua autorização prévia, que poderá recusá-las com base no artigo 9º, como segue:

O Conselho recusará as películas que fomentem ou propaguem doutrinas ou ideias contrárias às bases fundamentais da Pátria ou da nacionalidade, tais como o marxismo ou outras, as que ofendam a Estados com os quais o Chile mantém relações internacionais, as que sejam contrárias à ordem pública, a moral, aos bons costumes, e as que induzam a condutas de ações antissociais ou delituosas (CHILE, 1974).

No contexto referente ao caso aqui em análise, mediante tais fundamentos jurídicos (e políticos), o Conselho de Qualificação Cinematográfica rejeitou, em 29 de novembro de 1988, o pedido da *United International Pictures* Ltda para exibição do filme “A Última Tentação de Cristo”. Decisão confirmada por sentença do Tribunal de

¹⁵⁹⁰ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile*, sentença de 5 de fevereiro de 2001 (Mérito, Reparações e Custas), § 3º.

Apelação datada em 14 de março de 1989, e posteriormente pela Corte de Apelação de Santiago, em 20 de janeiro de 1997, e, finalmente, em 17 de junho de 1997, pela Corte Suprema de Justiça do Chile.

Vale ressaltar que o Chile é Estado-Parte da Convenção Americana desde 21 de agosto de 1990, mesmo dia em que reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana, posição que deixou o Estado em situação de tensão frente à decisão de sua Corte Suprema de Justiça ao proibir a exibição do filme em questão, opondo-se às obrigações assumidas pelo país no que se refere à liberdade de expressão prevista no artigo 13 da Convenção, como verificado anteriormente.

Esse conflito exigiu uma articulação política do Presidente da República, em 14 de abril de 1997, para tentar harmonizar a aplicação do disposto na Convenção Americana com a Constituição da República, em matéria de liberdade de expressão, e, como solução, apontou para o projeto de reforma constitucional do artigo 19, número 12, com a finalidade de eliminar a censura cinematográfica, que culminou com a promulgação do Decreto número 100, em 17 de setembro de 2005, que alterou a última frase do dispositivo, como segue: “A lei regulará um sistema de qualificação para a exibição de produção cinematográfica” (CHILE, 2005).

Nesse ponto específico, o processo de convergência das normas internas com as convencionais permitiu que a Constituição chilena fosse emendada, revelando uma séria disposição política e jurídica para realizar esta operação, que, reputa-se, como mais importante não pelo embate sobre a hierarquia das normas, mas do ponto de vista da valorização do princípio mais protetor da pessoa humana, no caso, o *pro persona*.

Outra importante alteração favorável à promoção dos direitos humanos se deu por meio da Lei de Reforma Constitucional número 18.825, de 15 de junho de 1989, cujo artigo único, Número 1, acrescentou ao artigo 5º da Constituição de 1980, como segue:

O exercício da soberania reconhece como limitação o respeito aos direitos essenciais que emanam da natureza humana. É dever dos órgãos de Estado respeitar e promover tais direitos, garantidos por esta Constituição, assim como por outros tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem em vigor (CHILE, 1989).

Essa alteração fortaleceu os fundamentos para a modificação do tratamento jurídico dado à liberdade de expressão no Estado chileno, pois permitiu ampliar o espectro de proteção e promoção dos direitos humanos, por meio da integração hermenêutica e normativa dos sistemas nacional e regional da Organização dos Estados Americanos, que tem seu fundamento normativo principal na Convenção Americana.

Nesse caso em análise, infelizmente, a Corte Suprema de Justiça do Chile não levou em consideração este novo parâmetro de validade das leis internas, nem deu importância aos tratados internacionais ratificados e em vigor no país, quando descon-

siderou também o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que afirma que “uma parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento de um tratado” (ONU, 1969).

Ressalta-se que a Corte Interamericana reconheceu que a responsabilidade do Estado pode ser promovida por atos ou omissões de qualquer poder ou órgão estatal, desde que seja caracterizada a violação; e, no Caso Olmedo Bustos, refere-se à disposição constitucional, do artigo 19, que trata de censura prévia na produção cinematográfica, conforme disposto no parágrafo 72 de sua decisão final (OEA, 2001a).

Cabe destacar na decisão desse caso que a Corte Interamericana faz expressa referência à incompatibilidade de uma norma constitucional com a Convenção Americana, e decide que o Estado chileno deve modificar os dispositivos de seu ordenamento jurídico para se harmonizar com a norma convencional¹⁵⁹¹.

Observa-se ainda que o Caso Olmedo Bustos conduziu a Corte Suprema de Justiça do Chile a realizar um autêntico controle de supraconstitucionalidade, isto é, ao decidir pela inconvenção da norma constitucional, dispondo que a Constituição chilena deveria ser alterada para se ajustar às normas do Pacto de São José da Costa Rica.

Algo parecido poderia ter lançado o Brasil ao patamar dos países que ultrapassam a fase da retórica para a práxis, no que concerne à proteção de direitos humanos, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) teve a oportunidade, no Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343-1/SP, de 2008, de analisar a questão da prisão civil do depositário infiel; no entanto, apenas atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos, não adotados internamente pelo fórum qualificado do parágrafo 3º, artigo 5º da Constituição Federal, a posição hierárquica de suprallegal, abaixo assim da Constituição, mas acima das leis (BRASIL, 2008).

Apesar de ter sido considerado um momento de evolução em matéria de direitos humanos no Brasil, frente a posicionamentos mais retrógrados, o STF, sem a devida ponderação dialógica e colaborativa entre seus pares, findou por criar a esdrúxula situação de atribuir à Constituição dispositivo normativo sem eficácia jurídica, no mínimo, pois permanece expresso o inciso LXVII, do artigo 5º, autorizando a prisão civil do depositário infiel, mas, segundo o STF, seguindo seus julgadores o voto do ministro Gilmar Mendes, sem aplicabilidade após lhe ter sido atribuído “efeito paralisante”, por conta da revogação do artigo 4º do Decreto-Lei n. 911/1969.

Ainda em relação ao Caso Olmedo Bustos, outra interpretação do ocorrido e que aponta para a promoção de maior integração interinstitucional, é a de que uma leitura

¹⁵⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile*, sentença de 5 de fevereiro de 2001 (Mérito, Reparações e Custas), § 103.4.

que privilegia a aplicação do direito mais favorável à pessoa humana não necessitaria rechaçar a norma constitucional, mas complementá-la com a Convenção Americana, ensejando uma hermenêutica dialógica e integradora de fontes normativas diversas, salvo quando o dispositivo constitucional for diretamente contrário à previsão convencional, como se entende ser o caso tanto do Chile como do Brasil, cabendo, em ambos, o denominado controle convencionalidade, como adiante se vê.

Lembra-se que, no entendimento dessa pesquisa, a decisão da Corte Interamericana de ordenar ao Estado a modificação de um dispositivo constitucional não se trata de considerar a norma internacional hierarquicamente superior à Constituição estatal, mas sim, de considerar efetiva a aplicação do princípio *pro persona* que direciona a decisão judicial, no caso, a buscar sua fundamentação na primazia da norma mais favorável à pessoa humana, isto é, à vítima de violação de direitos humanos; assim como no princípio da interpretação conforme, que informa o privilégio da norma que melhor possa ser interpretada segundo a possibilidade de ampliação de direitos e liberdades.

4.2 CASO COMUNIDADE MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI C. NICARÁGUA

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 4 de julho de 1998, demanda contra o Estado da Nicarágua informando suposta violação dos seguintes artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos: artigo 1: Obrigação de Respeitar os Direitos; artigo 2: Dever de Adotar Disposições de Direito Interno; - artigo 21: Direito à Propriedade Privada; e artigo 25: Proteção Judicial¹⁵⁹².

A denúncia foi apresentada em razão da não demarcação pelo Estado das “terras comunais” da Comunidade Awas Tingni, nem adoção de medidas que deveriam ter sido tomadas para garantir o direito de propriedade da Comunidade, bem como pela concessão de exploração dos recursos naturais em seu território ancestral sem consentimento, além da falta de manifestação da justiça interna acerca dos recursos impetrados pela comunidade para proteção de seus direitos fundamentais.

A relação espiritual e cultural que a comunidade indígena tem com a terra, expressão da cosmovisão identitária que transcende a relação material de posse e propriedade ocidentais, revela por si só a rica contribuição ao patrimônio cultural da humanidade e a abertura ao incremento da criatividade humana; além de revelar o justo respeito – e reverência – à biodiversidade, atitudes que poderiam contribuir com a busca de soluções aos problemas criados com a degradação do meio ambiente e uma concepção mitigada de desenvolvimento.

1592 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua*, sentença de 31 de agosto de 2001 (Mérito, Reparações e Custas), § 2º.

Nesse mesmo sentido, o julgamento do caso se refere aos povos indígenas da América Latina de modo geral tendo como elemento essencialmente (auto)identificador suas relações comunitárias com a terra, inclusive vinculando sua saúde física, mental e social, cuja ocupação ancestral se manifesta pela continuidade histórica, que as políticas estatais rompem quando “decidem titular estas terras ou outorgar concessões ou permitir desmontes, autorizar a utilização destas terras para outras finalidades determinadas por interesses econômicos diversos” (OEA, 2001b).

Ressalta-se ainda a expressão do reconhecimento da diversidade cultural por meio da tutela constitucional na Constituição Nacional do Paraguai, especialmente no seu Capítulo V, que trata *De los Pueblos Indígenas*. Nesse ponto, com bases fundacionais estabelecidas nos “princípios da democracia republicana, representativa, participativa e pluralista”, conforme disposto no Preâmbulo, declara o texto da Magna Carta paraguaia, Paraguai (1992), que:

1) reconhece os povos indígenas, “definidos como grupos de cultura anteriores à formação e organização do Estado paraguaio” (artigo 62);

2) garante aos povos indígenas o direito a “preservar e desenvolver sua identidade étnica”; direito a “aplicar livremente seus sistemas de organização política, social, econômica, cultural e religiosa”, inclusive suas normas consuetudinárias, e, em caso de conflitos jurisdicionais, estas deverão ser levadas em conta (artigo 63);

3) reconhece o direito à participação, por meio do qual “se garante aos povos indígenas o direito de participar na vida econômica, social, política e cultural do país, de acordo com seus usos consuetudinários, esta Constituição e as leis nacionais” (artigo 65).

Nesse cenário de garantias constitucionais de baixa efetividade de direitos relativos à diversidade cultural e jurídica, mais ainda se ressalta a relevância para assegurar a proteção e promoção dos direitos humanos do Sistema Interamericano e, especificamente, a ampliação dos instrumentos que servem como parâmetro para o controle de convencionalidade, reconhecido como método de compatibilização da ordem jurídica e política internas, com as normas convencionais protetivas de direitos humanos; pois, apesar de ter a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) como parâmetro primário de compatibilidade dos atos públicos internos, a Corte Interamericana não se restringe a este documento, mas faz uso do *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nesse contexto, a OEA (2005) ampliou seu espectro de controle, quando tratou da questão da violação do direito de propriedade, conforme artigo 21 da Convenção Americana, para levar adequadamente em consideração a preservação da identidade cultural e sua transmissão às gerações futuras, que dão um significado diferenciado à propriedade comunal dos povos indígenas. Por isso:

126. Nesse sentido, esta Corte afirmou que ao interpretar um tratado não apenas se tomam em conta os acordos e instrumentos formalmente relacionados com este (inciso segundo do artigo 31 da Convenção de Viena), mas também o sistema dentro do qual se inscreve (inciso terceiro do artigo 31 desta Convenção).

127. No presente caso, ao analisar os alcances do citado artigo 21 da Convenção, o Tribunal considera útil e apropriado utilizar outros tratados internacionais distintos da Convenção Americana, tais como a Convenção nº 169 da OIT, para interpretar suas disposições de acordo com a evolução do sistema interamericano, levando em consideração o desenvolvimento experimentado nesta matéria no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Dispõe o artigo 21 da referida Convenção regional que:

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei” (OEA, 1969).

Assim, ao considerar aspectos culturais dos povos indígenas que aportam uma visão diferenciada de “ser, ver e atuar no mundo”, e que se integram na relação que têm com seus territórios ancestrais e os recursos naturais presentes, entende-se que está presente uma concepção de vida própria que lhes dá uma identidade cultural única, atestada ainda pelo exposto no artigo 13 da Convenção 169 (OIT, 1989). Por isso a intenção de aplicar o artigo 21 da Convenção Americana de forma ampliada, inclusive quanto à definição de “bens”, presente no mesmo dispositivo, para acolher a estreita relação entre as expressões culturais e seus territórios tradicionais.

5. PARÂMETROS INTERNACIONAIS PARA PROMOÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DAS LIBERDADES CULTURAIS

A ideia de se estabelecer parâmetros (*standards*) internacionais para direitos fundamentais, *in casu*, liberdade de expressão e liberdades culturais, é imprescindível para a proteção e promoção de tais direitos no âmbito estatal; haja vista que tal parametrização tem como finalidade não apenas a análise de compatibilidade entre a ordem jurídica interna e a transnacional, mas também visa o fortalecimento dos processos de concretização de direitos, a partir do caráter subsidiário das normas convencionais, da jurisprudência contenciosa e da consultiva. De qualquer modo, em ambos os fins, busca-se a prevalência dos direitos humanos.

A Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), entre outros organismos internacionais, quer em matéria de direitos humanos ou em campos diversos, têm procurado estabelecer marcos conceituais e jurisprudenciais que possam servir de diretrizes para os agentes públicos de seus Estados Membros, para que se alcance a máxima efetividade dos tratados internacionais.

Como órgãos técnicos de apoio às organizações anteriormente referidas – ONU e OEA – respectivamente, foram criadas a Relatoria Especial para a Liberdade de Opinião e Expressão, e a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, que publicam informes anuais relatando possíveis violações de direitos no âmbito dos Estados Membros, assim como práticas exitosas, fundamentações conceituais e atualização da jurisprudência acerca da temática, além de atuarem conjuntamente para maior eficácia do sistema internacional.

Nessa particularidade, ambas as relatorias em atuação conjunta apresentaram interessante documento sobre o Caso Wikileaks, em 21 de dezembro de 2010, expressando seus parâmetros de abordagem acerca da liberdade de expressão, no qual afirmam que:

El derecho de acceso a la información en poder de autoridades públicas es un derecho humano fundamental sometido a un estricto régimen de excepciones. El derecho a la libertad de expresión protege el derecho de toda persona a tener libre acceso a la información pública y a conocer las actuaciones de los gobiernos. Se trata de un derecho particularmente importante para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los sistemas democráticos, por lo cual ha recibido un alto grado de atención por parte de la comunidad internacional (OEA, 2010).

Nesse mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aprovou em 27 de outubro de 2000 a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão (OEA, 2000), como meio de estabelecer alguns parâmetros para o tratamento de questões relativas a tal direito, plenamente cabível às liberdades culturais, assegurando que “a liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, é um direito fundamental e inalienável, inerente a todas as pessoas. É, ademais, um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática, tal como expresso no artigo 10, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (ECHR, 1950).

É importante ressaltar que a proteção da liberdade de expressão e demais liberdades culturais não se refere apenas aos conteúdos que possam ser reconhecidos pela maioria como “desejáveis”, isto é, acolhidos por sistemas morais considerados “dignos” por uma suposta “opinião pública (ECHR, 1979).

Dessa forma, também vale ressaltar que expressões “desagradáveis” à maioria, ideias chocantes ou opiniões ofensivas, capazes de gerar perturbação e mal-estar na ordem estatal ou social, também devem ser livremente manifestadas, desde que, assim como as demais expressões “agradáveis”, estejam sob o manto curto das restrições legítimas aos direitos fundamentais, como característica própria de democracias pluralistas.

Tal entendimento ampliativo foi expressamente avalizado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, também no julgamento do Caso Castells *vs.* Espanha, em 23 de abril de 1992. Refere-se à manifestação do sr. Miguel Castells, espanhol de nascimento, por meio de artigo escrito em junho de 1979, intitulado *Insultante Impunidad*, na revista semanal *Punto y Hora de Euskalherria*, discorrendo sobre a impunidade e inati-

vidade do Estado espanhol, para identificar, processar e julgar os crimes de mortes de duas pessoas ocorridos há um ano, além de vários outros ao longo de anos anteriores (ECHR, 1992).

A Suprema Corte da Espanha requereu ao Senado que retirasse a imunidade do parlamentar, em julho de 1979; e, em julho de 1981, a Suprema Corte acusou o sr. Miguel Castells de proferir graves insultos contra o Governo e servidores públicos *-having proffered serious insults against the Government and civil servants-* e proferiu julgamento condenatório em 1983, que, após rejeição da apelação (*amparo*) pela Corte Constitucional, teve confirmada sua decisão de condenação do réu, em 1986.

Diante dos fatos e decisões políticas e jurídicas do Estado espanhol, após análise do caso, a Corte Europeia de Direitos Humanos, em 1992, referindo-se também à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, dispôs – na primeira parte do parágrafo 42 de sua sentença – que “a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições básicas para o seu progresso” (ECHR, 1992).

Aqui vale dar ênfase na interação intersistêmica própria do movimento de expansão dos direitos humanos e da busca pela efetividade de tais direitos, manifestada pela referência à decisão da Corte Europeia - inserida no Sistema Europeu de Proteção e de Promoção de Direitos Humanos - no caso *Castels vs. Espanha*, feita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Sistema Interamericano, no julgamento do caso “A Última Tentação de Cristo” (caso *Olmedo Bustos e Outros c. Chile*), de 2001, realizado pela Corte Interamericana, conforme vista anteriormente.

Nesse mesmo sentido, com fundamento na mais ampla liberdade às manifestações das liberdades culturais, manifestou-se a ONG de atuação internacional, *Human Rights Watch* (HRW, 2019), quando da condenação judicial em primeira instância de um comediante brasileiro, acusado de ofensa à honra de uma parlamentar: “Ninguém deveria ser preso por ter dito algo ofensivo, independentemente de quão repugnantes sejam suas declarações e atitudes”.

Vale ressaltar ainda, que a manifestação da HRW está em harmonia com a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, construída em conjunto pelas Relatorias Especiais para a Liberdade de Expressão, da ONU e da OEA, anteriormente referida, que também dispõe contrariamente à criminalização das ofensas à honra aos agentes públicos, sendo cabível apenas a reparação civil, ao afirmar em seu Princípio 10 que, “a proteção à reputação deve estar garantida somente através de sanções civis”.

Outro documento de alta relevância para a proteção e promoção das liberdades culturais é o denominado Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão, produzido pela Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da

Comissão Interamericana, cuja principal finalidade é publicar “uma análise sistematizada dos parâmetros interamericanos em matéria de liberdade de expressão e uma revisão de algumas importantes sentenças e leis da região que incorporarão estes *standards* no âmbito interno no período de 2009” (OEA, 2010).

A partir de uma análise comparada da matéria disposta na Convenção Americana com outras normas convencionais, tais como a Declaração Americana, a Carta Democrática Interamericana, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o documento referido entende que “o marco interamericano foi desenhado para ser o mais generoso, e para reduzir ao mínimo as restrições à livre circulação de informação, opiniões e ideias” (OEA, 2010).

Nesse sentido, dispõe ainda que:

La jurisprudencia del sistema ha explicado que el marco jurídico interamericano otorga este alto valor a la libertad de expresión porque se basa en un concepto amplio de la autonomía y la dignidad de las personas, y porque tiene en cuenta tanto el valor instrumental de la libertad de expresión para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, como su función esencial dentro de los regímenes democráticos, según se explica a continuación (OEA, 2010).

Nessa perspectiva o Marco Interamericano aponta como limitações às restrições da liberdade de expressão, extensivas às liberdades culturais, não apenas o princípio da legalidade estrita, como dispõe o artigo 13.2 da Convenção Americana – “expressamente fixadas pela lei” – mas também que devem “ser necessárias para assegurar: o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas”, importante parâmetro que caracteriza as sociedades democráticas. Nesse sentido, o Marco Interamericano esclarece, em seus parágrafos 85 e 86 que:

85. Ahora bien, el adjetivo “necesarias” no equivale a “útil”, “razonable” u “oportuna”. Para que la restricción sea legítima, debe establecerse claramente la necesidad cierta e imperiosa de efectuar la limitación, es decir, que tal objetivo legítimo e imperativo no pueda alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de los derechos humanos.

86. El requisito de “necesidad” también implica que no debe limitarse más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio y alcance del derecho a la libertad de expresión. Este requisito sugiere que el medio restrictivo sea en realidad el medio menos gravoso disponible para “proteger los bienes jurídicos fundamentales (protegidos) de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”, pues lo contrario llevaría al ejercicio abusivo del poder del Estado

Por fim, dispõe o Marco Interamericano que as restrições às liberdades de expressão devem não apenas ser idôneas e necessárias, mas também devem ser “estritamente proporcionais ao fim legítimo que as justifica”, apresentando 3 (três) fatores a se considerar, quando de sua aplicação: “(i) el grado de afectación del derecho contrario - grave, intermedia, moderada; (ii) la importancia de satisfacer el derecho contrario; y (iii) si la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción de la libertad de expresión” (OEA, 2010).

Outro documento importante para a garantia das liberdades culturais, não apenas no âmbito regional, é o Relatório do Desenvolvimento Humano, de 2004, cujo tema é “Liberdade Cultural num Mundo Diversificado”, e publicado para Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

Destaca o documento que o choque de culturas e o “desafio da construção de sociedades culturalmente diversificadas e inclusivas” não são questões abstratas, afetando os processos de desenvolvimento, uma vez que: “permitir às pessoas uma expressão cultural completa é um fim importante do desenvolvimento em si mesmo”, ou seja: “o desenvolvimento humano tem a ver, primeiro e acima de tudo, com a possibilidade das pessoas viverem o tipo de vida que escolheram – e com a provisão dos instrumentos e das oportunidades para fazerem as suas escolhas” (ONU, 2004).

A importância do Relatório de 2004 pode ser mensurada também pela oferta de ideias e planos para a gestão de políticas de identidade e cultura, como fundamentos de uma política de desenvolvimento integral; e que, por mais que se estabeleçam ações legislativas, inclusive constitucionais, para garantir os direitos de minorias sem força política, isto é, sem expressões no espaço público, é preciso um esforço amplo de conscientização e sensibilização de todos os membros da sociedade, em busca de uma sociedade solidária e pacífica, pois, como bem afirma a Constituição da UNESCO:

uma vez que as guerras se iniciam nas mentes dos homens, é nas mentes dos homens que devem ser construídas as defesas da paz, [...], e que uma paz baseada exclusivamente em arranjos políticos e econômicos dos governos não seria uma paz que pudesse garantir o apoio unânime, duradouro e sincero dos povos do mundo, e que, portanto, a paz, para não falhar, precisa ser fundamentada na solidariedade intelectual e moral da humanidade (UNESCO, 2002).

Na perspectiva exposta, verifica-se que questões relativas à(s) cultura(s) e aos direitos culturais, em especial às liberdades culturais, não podem estar fora da pauta de planos e ações voltados ao desenvolvimento humano e à construção de sociedades pacíficas, pautadas em valores de solidariedade e responsabilidade mútua entre seus membros.

Assim, os parâmetros analisados têm a finalidade primeira de garantir o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, que não se dá exclusivamente por uma ótica individual, pois são inescapavelmente construídas e expressas no contexto comunitário no qual a diversidade cultural é o fundamento.

5.1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: GARANTIA DA EFETIVAÇÃO DOS PARÂMETROS INTERAMERICANOS EM MATÉRIA DE LIBERDADES CULTURAIS

O último ponto a ressaltar, como busca pela garantia da concretização dos diversos instrumentos normativos transnacionais aqui elencados e analisados, é sobre a apli-

cabilidade do controle de convencionalidade para fortalecimento no âmbito nacional dos direitos humanos e das liberdades culturais.

Em linhas gerais e como vem sendo aplicado até o momento, o controle de convencionalidade pode ser considerado um mecanismo de compatibilização entre o direito interno e o direito supranacional, com a finalidade de ampliar os instrumentos de proteção e promoção de direitos humanos no âmbito nacional e no sistema internacional como um todo, no sentido de expandir seus aportes aos demais Estados membros.

Tal controle regional é considerado um instrumento pretoriano construído pela Corte Interamericana a partir de sua doutrina jurisprudencial, cuja evolução pode ser melhor compreendida a partir de alguns julgados, tais como: 1) caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (2003): primeira decisão da Corte a utilizar a expressão “controle de convencionalidade” e tratar da responsabilidade integral (indivisibilidade) do Estado por violação de direitos humanos; 2) caso *Almonacid Arellano c. Chile* (2006): refere à submissão dos juízes nacionais à Convenção Americana; 3) caso *Trabajadores Dispensados do Congreso c. Peru* (2006): trata da aplicação *ex officio* do controle de constitucionalidade; 4) caso *Radilla Pacheco c. México* (2009): dispõe sobre a adequação do direito interno a outros tratados de direitos humanos; e 5) caso *Gelman c. Uruguai* (2011): ampliando a legitimidade para aplicar o controle de constitucionalidade aos atos de todas as autoridades públicas (OEA 2003; 2006a e 2006b; 2009; 2011).

Nesse contexto, tanto pode ser realizado, em princípio, nos casos concretos, pelos tribunais do poder judiciário nacional como pelas Cortes internacionais de direitos humanos, com a finalidade de dar pleno cumprimento às normas convencionais e sua interpretação dada pelos órgãos supranacionais competentes.

Desse modo, revela-se o controle de convencionalidade não apenas uma doutrina que nasce do desenvolvimento jurisprudencial, mas também fonte de direito vigente que estabelece obrigações aos juízes nacionais para fazer uma releitura e aplicação renovadas e integradas do ordenamento jurídico interno com as normas internacionais de direitos humanos, e, como posteriormente será abordado, com a jurisprudência da Corte Interamericana e suas Opiniões Consultivas. Assim, afirmam Ramírez e Sánchez (2015, p.299) que:

O controle se pratica a partir dos textos convencionais e da jurisprudência que os interpreta e aplica, produzida pela Corte Interamericana. O controle que se atribui aos órgãos judiciais internos deriva da obrigação de observar o tratado internacional – reconhecimento, respeito e garantia dos direitos humanos – que gravita sobre o Estado em seu conjunto, de que fazem parte os órgãos da jurisdição interna.

A questão do controle de convencionalidade, na perspectiva deste trabalho, está inserida na temática da interação do direito internacional dos direitos humanos – em matéria de liberdades culturais - com o direito de ordem interna; e que abrange processos de aplicação

de normas de fontes diversas no contexto nacional, com potencialidades para a construção de um direito comum – *jus commune* – regional ou, pelo menos, latino-americano, como característica de um projeto em busca de implementar, ampliar e integrar competências, jurisdições, interpretações, culturas e garantias para a máxima efetividade dos direitos humanos, entendidos como um caminho que abre espaços para o diálogo e para as lutas em favor de uma vida digna para todos, em suas dimensões pessoal e comunitária.

Nessa ampliação dos parâmetros de controle das normas e atos internos, por meio de normas convencionais e da jurisprudência de órgãos supranacionais, aportadas pela aplicação do controle de convencionalidade, entende-se ainda que a proximidade com realidades culturais múltiplas, tratadas no âmbito dos sistemas de proteção e promoção de direitos humanos, quer por meio de denúncias quer casos judicializados, além das próprias relações interestatais e interinstitucionais, permite a conscientização, compreensão e reconhecimento da realidade contemporânea como permeada pela diversidade de expressões culturais na esfera regional e global, favorecendo um novo olhar para a pluralidade cultural também presente em âmbito local.

O controle de convencionalidade também pode fortalecer a efetivação do direito à diversidade cultural e políticas públicas culturais pela possibilidade de trazer uma reflexão mais profunda acerca da realidade nacional quando confrontada com as obrigações acordadas e premissas de exigibilidade, enquanto expressas em instrumentos convencionais que vigoram no país.

Além disso, o cumprimento de tais obrigações passa a ser visto não como uma imposição de uma cultura alienígena, mas de necessária compatibilização de culturas jurídicas plurais que contêm em si mesmas, valores e normas fundamentais para a concretização de uma existência digna para todos; harmonização essa que está no cerne do controle de convencionalidade.

6. CONCLUSÃO

A construção dos sistemas internacionais de direitos humanos tem como finalidade o fortalecimento das garantias estatais geralmente estabelecidas em torno dos direitos fundamentais no âmbito da ordem jurídica nacional. Dessa forma, aqueles são fontes subsidiárias que se expressam por seus documentos convencionais – marcadamente os tratados internacionais de direitos humanos – da jurisprudência contenciosa dos tribunais regionais, de suas manifestações não contenciosas – através de pareceres consultivos, como é o caso da Corte Interamericana – integrados a instrumentos protetivos de outros organismos, inclusive o denominado global, sob o monitoramento da Organização das Nações Unidas.

Nesse contexto de universalização dos direitos humanos e de busca incansável por sua concretização, como instrumentos de luta para garantir a dignidade de vida

de todos, consubstanciada em oportunidades para a realização de suas potencialidades humanas como expressão de suas personalidades, é que se compreende a importância das liberdades culturais, como conjunto de manifestações da liberdade de expressão.

Das análises realizadas, encontram-se parâmetros normativos, por meio da análise de convenções internacionais, jurisprudências, pareceres consultivos, produzidos no Sistema Interamericano, em interação dialógica com outros sistemas de garantia de direitos humanos, que podem ser aplicados como um direito comum regional para o fortalecimento da mais ampla expressão cultural das comunidades latino-americanas.

Percebe-se, a partir do cotejamento de normas convencionais, inclusive da análise de casos julgados pela Corte Interamericana, tais como o aqui citados - Caso Olmedo Bustos e Outros vs. Chile e o Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua – que é possível estabelecer parâmetros para a construção de sociedades diversificadas de modo que todos tenham a possibilidade de alcançar o desenvolvimento máximo de suas personalidades por meio da livre escolha de seus planos de vida, diante da igualdade de oportunidades ofertadas pelo Estado Democrático de Direito e/ou construídas autonomamente.

Outro instrumento valoroso para a elaboração de parâmetros normativos é o controle de convencionalidade, construído a partir da jurisprudência da Corte Interamericana em interação com diversos documentos convencionais, com a finalidade de compatibilizar a ordem jurídica e a política interna, com os documentos convencionais regionais, e, dessa forma, fortalecer a proteção e promoção de direitos humanos, e, especificamente, as liberdades culturais.

Assim, entende-se que as liberdades culturais devem ser manifestadas em suas expressões mais amplas, garantidas plenamente pelo Estado e pela sociedade, e cujas restrições deve se ater a fundamentos estritamente legais, necessários e proporcionais, apropriados para buscar satisfazer os diversos interesses sociais, incluindo-se a proteção de outros direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Portugal: Almedina, 2010.

HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). *Brasil: pena de prisão contra comediante inibe a liberdade de expressão. Brasil deveria descriminalizar os delitos contra a honra*. Publicado em 13 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2019/04/13/329197>>. Acesso em: 28.mar.2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Informe sobre Desarrollo Humano 2004 – la libertad cultural en el mundo diverso de hoy*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2004_es.pdf>. Acesso em: 14.mar.2020.

RAMÍREZ, Sergio García; SÁNCHEZ, Julieta Morales. *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*. 4 ed atual. México: Editorial Porrúa, 2015.

SILVA, José Afonso de. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

A TUTELA DOS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS NO MARCO DA CADH: A IMPORTÂNCIA DE REGRAS UNIVERSAIS PARA O EQUILÍBRIO DAS LIBERDADES ECONÔMICAS E SOCIAIS

Thereza Christina Nahas

RESUMO: Os movimentos globais de pessoas, serviços e capitais vem causando fortes impactos no mundo do trabalho e econômico. É necessário estabelecer um diálogo entre os diversos países para ser possível a redução (ou eliminação) das tensões entre o social e o econômico. O art. 26 da CADH é um importante instrumento para viabilizar a interpretação do direito de Estados diversos que na sua grande maioria apresentam alto número de desigualdade social e pobreza, o que torna-se um poderoso ingrediente facilitador do dumping econômico e social. As cortes supranacionais são o melhor caminho para conseguir um direito social equivalente nos diversos países, contribuindo para o desenvolvimento sustentável e a manutenção da dignidade humana.

PALAVRAS CHAVES: Direito Humanos. Art. 26 CADH.

SUMÁRIO: 1. Considerações Necessárias; 2. Do alcance do Art. 26 da CADH – casuística nacional; 3. Da jurisprudência da Corte IDH; 4. Da necessidade de uma universalização para os direitos econômicos e sociais.

1. CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS

O mundo do trabalho está em um momento de profundas mutações e as propostas de reformas nos sistemas jurídicos internos dos países do ocidente em completa ebulição. No ano que se comemorou o centenário da Organização Internacional do Trabalho (a partir daqui, OIT) estabeleceram-se vários debates e produziram-se propostas distintas numa tentativa de reestruturar o direito do trabalho. A grande dificuldade destas mudanças está, justamente, em se poder traçar a maior inclusão de trabalhadores, a ponto de conservar a tutela daqueles ocupantes ou aspirantes de postos tradicionais de trabalho e permitir o menor impacto negativo dos avanços das novas tecnologias no nível e na qualidade do emprego.

A declaração do centenário da OIT tem como fundamento o ser humano e propõe três ações prioritárias centradas nos aumentos de investimentos voltados *(i)* a melhoria da capacidade das pessoas; *(ii)* às instituições de trabalho; *(iii)* ao trabalho decente e sustentável¹⁵⁹³. Tais objetivos somente são possíveis de serem alcançados, des-

¹⁵⁹³ Declaração do Centenário da OIT, disponível em <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/programme-and-budget/lang-es/index.htm>, acesso em fevereiro de 2020.

de que haja uma ação concertada para reduzir as desigualdades existentes nos diversos Países estabelecendo-se uma integração que permita responder as prioridades de cada país e região do mundo, ao mesmo tempo que se estabeleçam núcleos duros de direitos e liberdades que devem ser comuns a todos os povos. Exemplo disso são os direitos humanos. Há um consenso hegemônico quanto à necessidade de respeitar e impedir violações a direitos humanos, e ninguém ousa divergir desta máxima, cuja compreensão e alcance é desenhada de acordo com a cultura de cada povo.

É importante frisar que a oferta de trabalho e a qualidade dos postos de trabalho dependerá da maior ou menor aceitação social e políticas das restrições (ou não) na implementação destas tecnologias. A desigualdade é um dos principais entraves ao desenvolvimento econômico e social e afeta a competitividade entre empresas e países. “As desigualdades de acesso à educação e à saúde, ao reduzir as capacidades e oportunidades, comprometem a inovação e os aumentos de produtividade. Quando uma pessoa abandona seus estudos antes de concluir a educação primária ou secundária, seu potencial produtivo se ressentirá pelo resto de sua vida ativa. O menor salário que receberá, *ceteris paribus*, em relação a trabalhadores com mais anos de educação formal é um indicador da perda de produtividade e bem-estar que esse abandono implica. A magnitude dessa perda é muito elevada ao longo do tempo. O custo para a sociedade não se esgota na perda futura de renda da pessoa que não continua seus estudos, já que há externalidades positivas associadas à interação entre pessoas com alto nível de educação. Em outras palavras, o benefício social do investimento em educação vai além do ganho privado. Quando a desigualdade impede o acesso à educação, seus efeitos não são localizados, mas se difundem, afetando todo o sistema econômico”¹⁵⁹⁴.

A globalização e maior integração dos mercados afeta profundamente os diversos países, especialmente as economias em transição e mais vulneráveis, acentuando-se cada vez mais a concorrência entre os mercados mundiais como resultado de políticas de liberalização do comércio internacional e dos fluxos de investimento estrangeiro direto (a partir daqui, IED) acentuados pelo progresso tecnológico, sobretudo no que se refere às tecnologias digitais, que contribuiu para reduzir os custos de transação e desenvolver cadeias produtivas globais. Trabalho em redes virtuais; inexistência de fronteiras para o comércio e trabalho digital; precariedade dos postos tradicionais de trabalho; aparecimento de relações negociais desconhecidas e não reguladas; maior expansão dos setores produtivos e inexistência entre a linha divisória de produção e serviços; aumento da competitividade entre os próprios trabalhadores e crescimento descoordenado da economia formal e do trabalho por economia própria com redução do poder aquisitivo; entre tantos outros modelos que afetam o mercado interno pela mão invisível do mun-

1594 CEPAL, Nações Unidas, *A ineficiência da desigualdade*, Informe - 2018, Havana 7 a 11 de maio, disponível em https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43569/4/S1800303_pt.pdf, acesso em fevereiro de 2020.

do virtual supranacional são temas que invariavelmente atingem direitos resultados de lutas seculares e que são abalados em sua base supostamente sedimentada.

Mas não é somente a liberdade de trabalho e a dignidade do trabalhador que se veem afetadas pelos *bits* dos cabos virtuais que ligam o mundo. Em estudo publicado pela OIT sobre Transformação Empresarial apontam-se cinco tendências que estão afetando o desenvolvimento das empresas no mundo, são eles: (i) inovação tecnológica; (ii) integração econômica mundial; (iii) mudanças geográficas e de gerações; (iv) mudanças climática e meio ambiente sustentável; e (v) escassez de mão de obra especializada.

Este mundo em transformação e a absoluta ausência de barreiras físicas entre países é resultado, dentre outros fatores, da pressão que os movimentos globais exercem sobre a competitividade, cada vez mais sistêmica entre os diversos países, obrigando que se façam ajustes em diversas áreas, como a econômica e a trabalhista.

Nos anos de 2008-2014 os países da América Latina experimentaram uma expressiva redução das taxas de pobreza, o que teve um efeito positivo nos índices de aumento dos postos de trabalho. Todavia, isso não significa que o fato de se ter incrementado a taxa de ocupação e redução da pobreza, os postos de trabalho tenham apresentado a qualidade buscada, seja na oferta, quantidade e qualidade, seja na concretização dos padrões mínimos de proteção que possa realizar o objetivo do trabalho decente somado a garantia de uma existência digna àqueles que trabalham conforme se mostra o princípio do direito ao trabalho, consagrado na Declaração Americana de Direitos do Homem e da Mulher adotada desde 1948¹⁵⁹⁵.

Não por outra razão que o alicerce de recuperação dos países no período acima mencionado sofreu uma forte ruptura a partir de 2014 com as crises que se implementaram na região, de natureza econômica e política, principalmente, levando a um crescimento das taxas de desigualdade, pobreza e desemprego. É evidente que a dinâmica do crescimento sustentável e da realização dos objetivos da Carta da OEA depende de outros fatores que vão desde a geração de política de emprego e mecanismos criados pelos países no que toca a proteção contra o desemprego, até a regulamentação interna de cada país em matéria laboral, seja no âmbito individual ou coletivo, que possam permitir que as empresas estabelecidas nos diversos territórios tenham condições de responder às oscilações dos mercados diante das políticas de desenvolvimento e competitividade.

1595 É importante observar que a OEA encontra seus antecedentes em 1826 quando se realiza a primeira reunião entre países na cidade do Panamá com objetivo de realizara as ideias de Simón Bolívar que tinha a intenção de formar um confederação entre Estados para que os países pudessem conviver em paz e defender direitos comuns a cada um deles. Foram realizadas várias outras reuniões a partir daí em países diversos e em 1889 surgiu o “pan-americanismo” através da realização de várias conferências que se seguiram até que em 1948 se aprovou a criação da OEA (Organização dos Estados Americanos) e se adotou duas cartas: (i) Carta Interamericana de Garantias Sociais; e (ii) Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e da Mulher, marcos estes que se pode estabelecer como o início da proteção aos direitos humanos no sistema interamericano. Nos anos que vieram o sistema foi fortalecido e aprimorado através da criação de diversos mecanismos de tutela e adoção de outras normas de proteção e organismos de funcionamento para a respectiva realização das normas adotadas (Salvioli, 2004).

As realidades entre os países latino americanos são muito diversas e a desigualdade é a maior causa de empecilho ao desenvolvimento sustentável. Na reunião de Davos, de janeiro de 2020, Alicia Bárcena, representante da CEPAL enfatizou a grande fábrica de desigualdade que existe na região, ressaltando o descontentamento que se vê principalmente entre os mais jovens, que não vislumbram perspectivas que possam ser concretizadas. Alerta para o fato que “el 76,8% de la población de la región pertenece a los estratos de ingresos bajo y medio-bajo, que vive con un ingreso inferior a tres líneas de pobreza (...) Preciso que a 2017, más de la mitad de la población adulta (52%) de los estratos medios no había completado 12 años de escolaridad, mientras que el 36,6% tenía ocupaciones con un alto riesgo de informalidad y precariedad. Además, el 44,7% de las personas económicamente activas de los estratos medios no están afiliados o no cotizan en un sistema de pensiones” e conclui que, “es urgente avanzar hacia una cultura de la igualdad en la región a través de políticas universales de inclusión social y laboral que contribuyan a aumentar las capacidades humanas, la productividad y el crecimiento económico, a la vez que instalan una cultura de derechos y de ciudadanía social”¹⁵⁹⁶.

Há que se reconhecer que o uso das novas tecnologias e a globalização acabam por acelerar os processos produtivos e, evidentemente, acabam por trazer vários progressos, na mesma medida que viabilizam a formação universal de cadeias de valores e a deslocalização cada vez mais acentuada das empresas que, diante da concorrência acirrada que enfrentam, não somente nos limites dos países que se estabelecem, mas em termos globais, acabam por buscar lugares em que seus custos de produção sejam reduzidos.

A digitalização e o avanço do desenvolvimento tecnológico reduziram o custo de transações ao mesmo tempo que permitiram uma maior distribuição em termos mundiais de bens e serviços. A tão falada quarta revolução industrial não se caracteriza tão somente pela transformação do modelo empresarial em razão das novas tecnologias empregadas e sim “por la transición hacia nuevos sistemas construidos sobre la infraestructura de la revolución digital. Hay tres razones por las que esas transformaciones representan la llegada de un nuevo modelo: su velocidad, debido a la naturaleza exponencial de los avances tecnológicos; su alcance, en la medida en que impactan a todos los sectores e industrias, y su profundidad, pues transforman sistemas completos de producción, gestión y gobernanza”¹⁵⁹⁷.

Este complexo sistema de mutações aumenta a tensão entre o capital e o trabalho¹⁵⁹⁸. A transição de uma época mais social para o neoliberalismo importa em ter que

1596 Notícias CEPAL, *La desigualdad es la causa estructural del malestar social en América Latina y el Caribe, afirma Alicia Bárcena en Foro e Davos*, disponível em <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-desigualdad-es-la-causa-estructural-malestar-social-america-latina-caribe-afirma>, acesso em fevereiro de 2020.

1597 CEPAL: Informe *La ineficiencia de la desigualdad*, disponível em <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-desigualdad-es-la-causa-estructural-malestar-social-america-latina-caribe-afirma>, acesso em fevereiro de 2020.

1598 “El obrero trabaja bajo el control del capitalista, a quien su trabajo pertenece. El capitalista se cuida de vigilar que este trabajo se ejecute como es debido y que los medios de producción se empleen convenientemente, es decir, sin desperdicio de materias primas y cuidando de que los instrumentos de trabajo se traten bien, sin desgastarse más

fazer a distinção entre duas dimensões: “(1) considerar o neoliberalismo uma teoria e um movimento intelectual (...); 2) considerá-lo uma ampla estratégia das elites econômicas, políticas e culturais (e, às vezes militares) para destruir os compromissos fordistas (periféricos) e reestruturar relações de poder, instituições, orientações gerais e princípios – em sociedades específicas e em nível internacional – cada vez mais no sentido dos interesses capitalistas. Uma terceira perspectiva analítica é encarar o neoliberalismo como uma prática social, pressupondo que considerações teóricas e estratégicas para a implementação de teorias nem sempre e nem em todos os lugares são completamente bem sucedidas ou funcionam como deveriam (...) É precisamente esta terceira perspectiva analítica que nos leva à dimensão política do neoliberalismo – ou seja, políticas práticas e discursos políticos neoliberais concretos que representam os compromissos resultantes das lutas de diferentes forças sociais. Em tempos de crises, as políticas neoliberais e esses compromissos são colocados sob pressão” (BRAND & SEKLER, 2010).

A globalização permitiu que alguns países experimentassem um desenvolvimento econômico significativo que propiciou a redução das desigualdades, caso que se verifica na China. Em outros, todavia, o índice de desigualdade alcançou patamares muito maiores, caso do Brasil e de vários outros países da América Latina cujo percentual de desigualdade chegou aos maiores níveis medidos no mundo¹⁵⁹⁹.

O baixo nível de formação profissional que impulsiona os salários cada vez mais a níveis menores, reduzindo o poder aquisitivo dos trabalhadores e submetendo-os a jornadas e postos de trabalho cada vez mais precários, conduz ao debilitamento das condições de trabalho. A verdade é que vivemos um mundo de incertezas¹⁶⁰⁰ que conduz a

que en aquella parte en que lo exija su empleo racional. Pero hay algo más, y es que el producto es propiedad del capitalista y no del productor directo, es decir, del obrero. El capitalista paga, por ejemplo, el valor de un día de fuerza de trabajo. Es, por tanto, dueño de utilizar como le convenga, durante un día, el uso de esa fuerza de trabajo, ni más ni menos que el de otra mercancía cualquiera, v. gr. el de un caballo que alquilase durante un día. El uso de la mercancía pertenece a su comprador, y el poseedor de la fuerza de trabajo sólo puede entregar a éste el valor de uso que le ha vendido entregándole su trabajo (MARX, 1855).

1599 “Ao longo da última década, a América Latina e Caribe alcançou seu menor índice de concentração de renda, mas a região continua sendo a mais desigual do mundo, com um coeficiente de Gini estimado em 0,5. É o que revela uma nova análise da comissão econômica das Nações Unidas para os 33 países latino-americanos e caribenhos, a CEPAL. Lançado nesta segunda-feira (7), relatório avalia como disparidades afetam acesso a serviços e perpetuam exclusão. Segundo a pesquisa, Brasil tem pior taxa regional de conclusão do Ensino Fundamental II entre população mais pobre. O índice de Gini mede a diferença de renda entre as parcelas mais ricas e mais pobres de uma determinada população. Quanto mais próximo do zero, mais igualitária é a repartição de riquezas numa sociedade. Na África Subsaariana, a taxa é de 0,45. No Leste da Ásia e no Pacífico, o coeficiente chega a 0,4. Nos países da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), a 0,3” (Nações Unidas-Brasil, notícias disponível em <https://nacoesunidas.org/america-latina-e-caribe-e-regiao-mais-desigual-do-mundo-revela-comissao-da-onu/>, acesso em fevereiro 2020).

1600 Segundo o informe da CEPAL há dois fatores principais que explicam a incerteza do mundo nos âmbitos tecnológicos e econômico. A crise da interpretação macroeconômica dominante: os programas que foram imaginados para recuperar-se da crise de 2008 estiveram vinculados a expansão da base monetária e a aceleração da inflação. Todavia, a recessão das economias durou mais tempo que o esperado o que intensificou as tensões sociais e o aumento dos questionamentos sobre o modelo econômico tradicional e a globalização. Além disso, os riscos e custos do setor financeiro global foram concentrados em grandes instituições financeiras interconectadas e a economia mundial experimenta de forma intermitente os efeitos das borbulhas que se movimentam entre setores, países e atividades. Muitos organismos previram a possibilidade de uma nova crise financeira derivada das bolhas especulativas e de fatores de risco, como a dívida da China, os desequilíbrios em contas correntes e o excesso e liquidez internacional. O segundo ponto está vinculado a revolução digital pois o desenvolvimento das novas tecnologias que se expande transversalmente na economia e na sociedade. “La aceleración del cambio tecnológico es manifiesta cuando se considera el flujo de datos medido por la capacidad instalada de ancho de banda transfronterizo. Esta siguió una dinámica exponencial a partir de 2007, en un contexto en que las corrientes internacionales de comercio de bienes y

uma corrida capaz de afetar violentamente a pequena economia regional, não obstante as regras que são lançadas nos mercados, aparentemente, terem um alcance supranacional. Não existem fronteiras para a economia e tampouco para as regras sociais. As medidas tomadas em Wall Street afetaram, irremediavelmente, inúmeras economias, assim como as notícias que se espalharam em relação ao Coronavírus extrapolaram os limites da prevenção e proteção à saúde, para constituir-se em verdadeira medida preconceituosa contra uma raça¹⁶⁰¹.

Não são apenas as medidas internas que causam a deterioração do mercado de trabalho, fator este que está atrelado umbilicalmente à economia, mas sim o quanto as medidas internas são pressionadas por fatores externos que incluem a globalização da produção, a mobilidade transfronteiriça do capital, os processos de transformações tecnológicos, a automatização crescente, a perda de representatividade e ação dos sindicatos e o enfraquecimento das normas de fixação dos salários mínimos.

As recentes decisões proferidas pelo Tribunal do Trabalho brasileiro sobre trabalhadores em plataforma digital, bem como as polêmicas geradas neste país em razão das reformas implementadas no âmbito do trabalho e da economia; e a recente decisão do governo colombiano de bloquear no país o uso de aplicativo que, segundo a empresa, contava em janeiro de 2020 com 88 mil pessoas cadastradas como motoristas e 2 milhões de usuários¹⁶⁰², são o retrato mais fiel da tensão acentuada entre questões sociais, políticas e econômicas que vão além daquelas que representaram a inserção dos direitos sociais nas Cartas internacionais.

Como lembra Bauman e Bordoni, “a ideia de que a estrutura da sociedade está baseada em relações econômicas foi provada por Marx com a teoria do materialismo histórico, e, durante um tempo, foi a crença comum de que não havia sentido sequer debatê-la. Nos anos mais recentes coincidindo com a crise da modernidade, foi proposta a hipótese atraente e libertadora de que a economia não é estrutural, mas depende de fatores humanos “disponíveis”, como a cultura e outras formas de produção imaterial, com as quais ela entra em relação dialética. A economia, para resumir, já não representa mais a alma da sociedade, porém, é um dos seus muitos componentes, e modificável, como os outros”. O que aconteceu depois da fase eufórica da revolução cultural de

servicios, de inversión extranjera directa y de financiamiento registraron fuertes fluctuaciones, en particular luego de la crisis financiera global (MANYIKA y otros, 2016). La expansión digital, basada en el aumento de las capacidades de procesamiento, transmisión y almacenamiento, no fue afectada por los problemas que incidieron en la formación de capital, el crecimiento y el empleo a nivel agregado.” (CEPAL: Informe *La ineficiencia...*)

1601 Notícias BBCNews: “O mais preocupante em conteúdos como esse é a xenofobia que podem estimular entre pessoas comuns. Nas redes sociais, você pode encontrar muitas postagens e tuítes com avisos para que não se coma comida chinesa ou pedidos de proibição de viagens (...) “O surto do novo coronavírus trouxe de volta à tona a sinofobia (xenofobia contra a China) em formas veladas ou abertas. A mais nociva, talvez, como no caso anterior de Sars, seja o ódio digital e a difamação dos hábitos alimentares dos chineses” (notícias disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-51305487>, acesso em fevereiro de 2020).

1602 Notícia disponível em <https://computerworld.com.br/2020/02/06/uber-pretende-recorrer-a-orgaos-internacionais-para-voltar-a-colombia/>, acesso em fevereiro de 2020

1968 em que revelou-se a capacidade humana de romper com o modelo passado, confirmou-se pelas tendências observadas nas décadas de 1970 e 1980 “nas quais a combinação de vários fatores, incluindo o desenvolvimento da tecnologia, o pós-fordismo e a desmaterialização do trabalho, assim como a explosão do consumismo e a expansão das comunicações, abriu caminho para uma participação coletiva (...) O que aconteceu depois dessa fase eufórica, que coincidiu em parte com o fim da modernidade, ai esta aos olhos de todos. O pós-modernismo nos deu a ilusão de viver num mundo livre de necessidades, livre de ideologias, aberto às promessas de consumismo ilimitado, de um espetáculo deslumbrante e de exaltação da individualidade, em que troca da insegurança no trabalho, da incerteza e da solidão” (BAUMAN & BORDONI, 2016).

Todos estes fatores, resultantes daquilo que se vem nominando de “crises” e que tem tornado difícil a ação dos Estados em recuperar-se ou encontrar um meio que seja adequado ao desenvolvimento sustentável, tem reclamado cada vez mais uma intervenção supranacional à tutela de direitos sociais, econômicos e culturais. Apenas uma ação coordenada a nível supranacional poderá permitir uma harmonização entre tais interesses e direitos e que sejam respeitados e fixados de forma homogênea pelos diversos países, principalmente daqueles mais afetados pelas rupturas experimentadas por esta nova era que faz, desde meu ponto de vista, com que o art. 26 da CADH seja uma disposição que merece ser mais utilizada pela possibilidade que guarda de poder conciliar interesses econômicos, sociais e culturais, reduzindo a linha de tensão nos confrontos que tais direitos e interesses experimentam pela liberação das fronteiras globais.

2. DO ALCANCE DO ART. 26 DA CADH – CASUÍSTICA NACIONAL

O art. 26 da CADH encontra-se esquecido pela jurisprudência brasileira, não havendo referências nos Tribunais sobre sua aplicação. Há uma referência de sua arguição no processo que tramitou pelo STJ¹⁶⁰³ em âmbito de recurso contra decisão

1603 Nas razões de agravamento, o agravante sustenta o equívoco da decisão de inadmissibilidade, na medida em que “toda a matéria constitucional violada pelas Instâncias Anteriores encontram-se devidamente expostas no recurso próprio (Recurso Extraordinário de fls. 2.690/2.729)” (e-STJ, fls. 3.234/3.235); que o exame da controvérsia não demanda reexame de prova, mas apenas mera valoração de provas, de modo que “todas as questões discutidas em sede recursal são notadamente de direito, e não de reexame de fatos, que representam violação expressa a diversos dispositivos da Lei nº 5.869/1973 (CPC), bem como da Lei nº 8.112/90, da Lei nº 9.784/99 e, ainda, da Lei nº 8.429/92” (e-STJ, fl. 3.236) e que “todas as matérias arguidas em foram objeto de apreciação e julgamento pelo Tribunal recorrido” (e-STJ, fl. 3.237), a afastar a ausência de prequestionamento, além de reiterar a apontada violação do art. 535 do CPC (...) ao conhecimento da apontada violação dos arts. 153, 156, 163, parágrafo único, 164, § 2º, da Lei 8.112/1990, dos arts. 2º, 3º, II, 26 e 50, da Lei 9.784/1999, dos arts. 8º, 21.c, 23, I e 25, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), do art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do art. 11 da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, dos arts. 6º e 7º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, porquanto o Tribunal de origem deixou de apreciar a controvérsia sob o enfoque dos referidos dispositivos legais, carecendo, portanto, do necessário prequestionamento, a atrair a incidência das Súmulas 282 e 356/STF, segundo as quais “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “o ponto omissão da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. Destaque-se que inexistente contradição no caso de ser afastada a violação ao art. 535, II, do CPC e, concomitantemente, não conhecer do recurso especial por ausência de prequestionamento, quando ambos os fundamentos são autônomos e uma vez que é perfeitamente possível o julgado se encontrar devidamente fundamentado sem, no entanto, ter decidido a causa à luz dos preceitos jurídicos desejados pela postulante, pois a tal não está obrigado.

proferida em processo administrativo disciplinar e que o recorrente arguiu violação aos seus direitos civis e políticos assegurados pela CADH e a direitos econômicos, sociais e culturais assegurados no respectivo Pacto Internacional, todos ratificados pelo Brasil. Seguindo o entendimento firmado nos Tribunais Superiores brasileiros, entendendo-se que a matéria não foi prequestionada na instância recorrida, não houve o conhecimento da questão, de modo que não houve pronunciamento sobre os temas.

Não se encontra na jurisprudência do STF questões que tenham sido julgadas com fundamento na aplicação do art. 26 da CADH. Há, no entanto, alguns julgamentos em que houve alguma menção ao PIDESC, como por exemplo no Mandado de Segurança¹⁶⁰⁴ impetrado por Pedro Zeferino do Nascimento e outros, em que foi formulado pedido de suspensão do decreto publicado pelo governo brasileiro que declarou de interesse social para assentamento de indígenas os imóveis situados no Município de Rodelas (BA). A menção ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (a partir daqui, PIDESC) serviu de fundamento para os impetrantes sustentarem que o referido Pacto lhes assegurava a moradia e a segurança jurídica como direitos fundamentais.

Houve outro caso, objeto do Recurso Extraordinário em que a autora recorreu por lhe ter sido negada a inclusão no programa permanente de habitação sob fundamento de que ela já havia atingido o prazo máximo do benefício. Aqui o Tribunal entendeu que o direito pleiteado pela autora destinava-se à moradia e que não lhe faltava fundamento jurídico à sua pretensão, “seja sob o aspecto constitucional (art. 6º da CF), internacional (DUDH, PIDESC e outros) ou mesmo no âmbito da legislação infraconstitucional (art. 167, I, da Lei Orgânica do Município; Estatuto das Cidades; etc.)”¹⁶⁰⁵.

O terceiro julgado com viés trabalhista, concernia à dissolução de uma associação de militares. Entendeu a Corte Constitucional que, não obstante a nomenclatura de *associação*, a mesma teria finalidades sindicais, o que está vedado pela Constituição Federal. Ressaltou-se que, não obstante as associações sindicais sejam garantidas por normas supranacionais, inclusive a CADH e o PIDESC, a restrição de funcionamento destas instituições esta assegurada pelos instrumentos internacionais e, também, pela própria lei Maior interna¹⁶⁰⁶.

Como se vê, as decisões do Tribunal brasileiro não se debruça a análise de fundo da matéria, mas simplesmente cita as cartas internacionais de maneira despreocupada com algum enquadramento específico, o que torna difícil a formação de uma jurisprudência nacional conforme a supranacional ou que, ao menos, analise o direito nacional

1604 Supremo Tribunal Federal, Pedro Zeferino do Nascimento e outros vs Presidente da República, MS 33069/DF, 12/6/2019.

1605 Supremo Tribunal Federal, processo Recurso Extraordinário 1.141.750 (670), processo na origem nº 10029204320158260053 – parte: Auta Ferreira de Souza e Município de São Paulo, julgamento em 23 de agosto de 2018.

1606 Supremo Tribunal Federal, Associação de Praças do Exército Brasileira do Rio Grande do Norte vs União, Recurso Extraordinário 764297, 18 de maio de 2018.

à luz da interpretação das Cortes internacionais citadas aleatoriamente nos julgados.

Christian Courtis recorda que também no Sistema Interamericano, a disposição tratada no art. 26 da CADH vem recebendo pouca atenção doutrinária, o que o leva a concluir que diversos fatores influenciam este isolamento daquela regra jurídica. “Tal situación puede ser explicada por diversos factores, tales como el contexto histórico de crecimiento del Sistema Interamericano, el relativo aislamiento del artículo 26 en la Convención, la particular técnica remissiva de su redacción, o el tardío desarrollo normativo de la noción de “progresividad” en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En los últimos años, se ha registrado un lento avance en la materia en el trabajo de la Corte y de la Comisión Interamericanas, aunque la jurisprudencia existente es aún insuficiente para ilustrar de manera completa los distintos desafíos interpretativos que plantea esta cláusula” (COURTIS, 2014).

A proteção que se estendeu aos direitos socioeconômicos se inclui na Declaração de Direitos Humanos de 1948 e não se destina a um grupo privilegiado de pessoas, ao contrário, parte da premissa de que é necessário se garantir o bem estar econômico para que seja viável o desenvolvimento integral dos seres humanos e, sendo assim, os principais direitos que se contêm neles é o direito a alimentação, educação, a residência, saúde, trabalho e cultura¹⁶⁰⁷.

A evolução do conceito se dá com as necessidades que foram sendo sentidas nos diversos cantos do mundo.

Os direitos humanos passaram a ser objeto de proteção, justamente porque houve muitas violações ao ser humano. Os direitos humanos surgem no século XVIII nas sociedades metropolitanas europeias, quando 4/5 da população do mundo estava colonizada pelas sociedades europeias, e foi desenvolvido para se concretizar nestas sociedades metropolitanas e não nas colônias, o que fez com que o que se passava nas colônias não interferissem na formação dos direitos humanos. Daí porque a ordem política e econômica interferiam apenas na colônia. Foi o direito do trabalho a grande emergência de direito social em que o estado poderia compensar de alguma maneira o abismo profundo que existia entre diferentes classes, isto é, os operários e os burgueses. Nas colônias o direito existente era o penal, inclusive o do trabalho¹⁶⁰⁸.

A tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais nasce um pouco depois. Nas sociedades metropolitanas europeias e americanas do sec. XIX esteve vinculada à ideia

1607 Os direitos humanos, sob o prisma que estudamos, são uma *invenção* ocidental. Os direitos humanos tem muitas variáveis e versões e leituras. Em todo o mundo, se prega o respeito aos direitos humanos. Mas a primeira crítica que se faz é que os direitos humanos são temas de discursos e não necessariamente se estendem a proteção das pessoas a que estes discursos se dirigem. Boaventura Santos assinala a hegemonia dos direitos humanos (ninguém no mundo é contra eles), que é necessário fazer distinção entre a leitura que efetivamente pode contribuir para uma emancipação social em nome dos direitos humanos ou a leitura que, ao revés, destroem, banalizam esta emancipação (SANTOS, Boaventura de Souza, *falando sobre direitos humanos*, aula disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=-L3OFA-15Udk>, 2014, acesso em fevereiro de 2020).

1608 SANTOS, Boaventura de Souza, *falando sobre direitos humanos*.....

da evolução dos processos de industrialização e inovações tecnológicas que marcaram as denominadas evoluções industriais. Foi incrementada pelos movimentos operários estadunidenses, europeus e, posteriormente, latino americanos, bem como pela New Deal nos USA. Como aponta a Comissão Coordenadora da Política Executiva em matéria de Direitos Humanos das Nações Unidas, “el Pacto tiene sus raíces en el mismo proceso que condujo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Una “Declaración sobre los derechos esenciales del hombre” se había propuesto en 1945 la Conferencia de San Francisco que condujo a la fundación de las Naciones Unidas y el Consejo Económico y Social, se dio la tarea de redacción. Temprano en el proceso, el documento se dividió en una declaración que establece los principios generales de los derechos humanos, y una convención o pacto que contenga compromisos vinculantes. El antiguo se convirtió en la Declaración Universal de Derechos Humanos y fue aprobada el 10 de diciembre de 1948”¹⁶⁰⁹.

É importante considerar que, no curso do sec. XIV países Europeus conquistaram com grande facilidade um cem números de países não Europeus e neles puderam assentar seus sistemas sociais, de governo e de economia. Impuseram sua tecnologia e sua organização. “El capitalismo y la sociedad burguesa transformaron y gobernaron el mundo y ofrecieron el modelo - hasta 1917 el único modelo – para aquello que no deseaban verse aplastados o barridos por la historia. Desde 1917 el comunismo soviético ofreció un modelo alternativo, aunque en esencia del mismo tipo, excepto por el hecho de que prescindía de la empresa privada y de las instituciones liberales. Así pues, la historia del mundo no occidental (o, más exactamente, no noroccidental) durante el siglo XX está determinada por sus relaciones con los países que en el siglo XIX se habían erigido en “los señores de la raza humana” (...) tanto el tradicionalismo como el socialismo coincidieron en detectar el espacio moral vacío existente en el triunfante liberalismo económico – y político – capitalista, que destruía todos los vínculos entre los individuos excepto aquellos que se basaban en la “inclinación a comerciar” y a perseguir sus satisfacciones e intereses personales de que hablaba Adam Smith. Como sistema moral, como forma de ordenar el lugar de los seres humanos en el mundo y como forma de reconocer qué y cuanto habían destruido el “desarrollo” y el “progreso”, las ideologías y los sistemas de valores precapitalistas o no capitalistas eran superiores, en muchos casos, a las creencias que las cañoneras, los comerciantes, los misioneros y los administradores coloniales llevaban consigo” (HOBBSAWM, 2011).

Este era o espaço ideal para o estabelecimento de uma garantia que pudesse reduzir as tensões e violações entre direitos sociais, culturais e econômicos, servindo como uma tábua de contenção e respeito ao exercício destas liberdades. A necessidade de emancipar-se o exercício destas liberdades tem-se mostrado cada vez mais urgente nos

1609 *Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales – Versión Comentada*, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28142.pdf>, acesso fevereiro de 2020.

novos tipos econômicos e vínculos que se apresentam. A economia compartilhada e as novas tecnologias provocaram um imenso número de novas relações que extravasam os limites regionais e territoriais, ao mesmo tempo que expuseram as fragilidades dos países que buscam o desenvolvimento, não obstante encontrem os obstáculos da corrupção congênita e colonial que contribui para a desigualdade e aumento da pobreza extrema.

Os direitos econômicos, sociais e culturais são garantias que devem ser asseguradas pelos Estados decorrendo de seu dever soberano este compromisso. Não só a CADH e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tratam da tutela estes direitos, mas ressaltam, ainda, a garantia destas liberdades. Isso quer dizer que tais direitos e liberdades são oponíveis desde logo contra o próprio Estado que tem o dever de garantir seus respectivos exercícios. Também tais direitos estão assegurados pela Carta de Direitos Fundamentais de União Europeia que garante a liberdade profissional, de trabalho e de empresa. Como já disse “los derechos fundamentales pueden entenderse como derechos constitucionalmente garantizados por los Estados, sobre ellos descansa una cláusula de que no se pueden permitir restricciones, pues son derechos que garantizan el Estado social democrático y representan la positivación de los derechos humanos. El Estado liberal adopta la doctrina de la escuela natural de que todos los hombres son titulares de derechos fundamentales, a saber: la vida, la libertad, la seguridad, la felicidad, el derecho de que se respeten sus mandatos y, por último, el derecho de defender sus derechos. El liberalismo es fruto de la limitación de poderes del propio Estado, cuya principal barrera es el Estado de derecho y la necesidad de que haya un Estado mínimo. Es decir, el Estado liberal se opone al Estado absoluto. La libertad debe asegurar la igualdad, impedir la tiranía del Estado y servir de apoyo a la garantía de los derechos fundamentales, sobre los que nunca puede prevalecer. En una democracia, no hay derechos o libertades absolutas, pues eso sería incompatible con ella. Los derechos fundamentales y el respeto a estos, garantiza las libertades. Así, cuando se produce un aparente choque entre derechos fundamentales/libertades/libertades fundamentales o derechos fundamentales/libertades fundamentales, el intérprete debe servirse de los principios para eliminar la aparente contradicción. En un sistema democrático de derecho no se puede anular un derecho fundamental frente a otro ni una libertad fundamental frente a otra ni un derecho fundamental frente a una libertad fundamental o viceversa. De esta manera, la libertad se opone al concepto de poder” (NAHAS, 2016).

O estudo dos diversos instrumentos internacionais demonstra que progressivamente estes direitos e liberdades vem sendo assegurados restando absolutamente importante a posição interpretativa dos Tribunais supranacionais e nacionais para fixar a extensão do art. 26 da CADH, bem como aqueles direitos estabelecidos no PIDESC. A progressividade e o desenvolvimento progressivo, objetivos que se encontram expressos tanto na CADH como no PIDESC, devem ser aplicados nos limites e com respeito a

capacidade e diversidades de recursos econômicos, políticos e estruturais, disponíveis em cada País. Tal circunstância, sinaliza à preocupação dos organismos internacionais quanto às dificuldades que norteiam os Países subdesenvolvidos, como são os casos de Guatemala, Equador e Brasil¹⁶¹⁰, por exemplo, que muitas vezes se veem em dificuldades de lograr alcançar o cumprimento ideal daqueles direitos em razão das insuficiências e fragilidades de natureza internacional e/ou internos das mais diversas naturezas.

Há alguns pontos que merecem ser destacados e que vão ratificar a posição desta autora no que concerne à importância da jurisprudência fixada pelos Tribunais supranacionais e pela atuação dos Tribunais Constitucionais nacionais. Aqui passo a me deter mais especificamente no tema em consideração, relativo à necessidade de se tentar terminar ou, ao menos, reduzir as tensões entre o capital e o trabalho, ambos preceitos tutelados pelas disposições das Cartas Internacionais. Uma lição que se pode extrair da época da pandemia COVID-19 é que o trabalho e o capital são faces de um mesmo universo e a coordenação de forças pela dignidade do trabalho é que permitirá o desenvolvimento social e econômico sustentáveis.

O primeiro ponto está em conciliar as liberdades econômicas ao trabalho e à livre eleição do emprego; o segundo relativo à dificuldade de muitos países em conseguir cumprir com os compromissos assumidos perante a comunidade internacional em razão da *perda* da soberania ou da dependência econômica e política de agentes privados ou públicos. Os direitos econômicos são essenciais para a manutenção do desenvolvimento, inclusive social, e estão ligados à redução ou exclusão da pobreza e desigualdade social, ou seja, tais direitos e liberdades devem objetivar a melhor qualidade de vida dos povos. O terceiro ponto está na viabilização da concorrência desleal que é trazida pelos movimentos empresariais transnacionais, facilitados pelo alto grau de desenvolvimento tecnológico ou pelo maior ou menor índice de corrupção dos governos.

As liberdades fundamentais são anteriores aos próprios governos; estes e o Estado devem servir à garantia dos direitos que são delas consequentes. Daí a absoluta necessidade de entender-se que apenas uma interpretação jurisprudencial equilibrada e harmônica será capaz de viabilizar as mudanças necessárias que deverão ser implementadas pelos diversos países. Isto é, é necessária a harmonização entre as tutelas fundamentais asseguradas nas Cartas Supranacionais com a jurisprudência interna, o que servirá para viabilizar a formação de um núcleo duro de direitos comuns a todos os povos.

1610 No dia 10/2/2020 os Estados Unidos por meio de seu departamento de comércio excluíram o Brasil e mais 20 países, muitos deles em África, da lista dos países em desenvolvimento. Não levou em conta questões sociais, taxa de mortalidade infantil e analfabetismo, por exemplo, mas considerou meramente fatores comerciais e econômicos como nível de participação do País no comércio exterior. Efetivamente, não é possível medir, neste momento, as consequências ou efeitos colaterais de tais declarações. Veja algumas opiniões em, por exemplo: <https://guia-doestudante.abril.com.br/estudo/o-brasil-e-um-pais-em-desenvolvimento-quem-define-isso/>; e <https://veja.abril.com.br/economia/estados-unidos-retiram-brasil-de-lista-de-paises-em-desenvolvimento/> e <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/02/11/exclusao-do-brasil-de-lista-de-paises-em-desenvolvimento-dos-eua.ghml>.

3. DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

A jurisprudência da Corte em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais com fundamento no art. 26 da CADH não é tão vasta. Todavia, a partir dos casos que já julgou, vem se sedimentando um entendimento que permite compreender a extensão e abrangência do respectivo dispositivo.

O Conselho Nacional de Justiça brasileiro (a partir daqui, CNJ), que incumbiu-se de ser o guardião da jurisprudência em língua portuguesa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, (a partir daqui, CIDH), elenca os seguintes casos em que houve manifestação a respeito do art. 26 da CADH. São eles, os relativos a 2014 catalogados¹⁶¹¹:

- *Veliz Franco e outros c. Guatemala*
- *Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Membros e Ativistas do Povo Indígena Mapuche) c. Chile*
- *Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas c. República Dominicana*
- *Defensor de Direitos Humanos e outros c. Guatemala*
- *Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus Membros c. Panamá*
- *Rochac Hernández e outros c. El Salvador*
- *Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) c. Colômbia*
- *Espinoza Gonzáles c. Peru*

Para os anos de 1988 a 2012 catalogou as seguintes decisões:

- *Cinco Aposentados c. Peru*
- *Crianças Yean e Bosico c. República Dominicana*
- *Ximenes Lopes c. Brasil*
- *Acevedo Buendía e Outros c. Peru*
- *González e Outras (“Campo Algodoeiro”) c. México*
- *Comunidade Indígena Xákmok Kásek c. Paraguai*
- *Atala Riffo e Crianças c. Chile*
- *Fornerón e Filha c. Argentina*
- *Furlan e Familiares c. Argentina*
- *Artavia Murillo e Outros c. Costa Rica*

Importa, antes de mais nada, considerar a redação do art. 26:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr

¹⁶¹¹ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/corte-interamericana-de-direitos-humanos-corte-idh/>, acesso em fevereiro de 2020.

progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Como se vê desta redação, “los derechos a los que se refiere el artículo 26 no son individualizados por el texto del artículo 26, sino que obligan al intérprete a acudir a otro documento –la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires. En segundo lugar, una vez identificados los derechos a los que se refiere la norma, es necesario determinar el contenido de las obligaciones específicas que establece el artículo 26 para los Estados partes, y su relación con las obligaciones genéricas establecidas en la Convención. Entre ellas, cabe subrayar la necesidad de elucidar el contenido de la noción de “progresividad” o “desarrollo progresivo”, la referencia a “la medida de los recursos disponibles” – ya que ninguno de estos elementos califica a las obligaciones generales establecidas en los artículos 1 y 2 de la Convención” (COURTIS, 2014).

O preâmbulo da Carta impõe aos Estados signatários que reafirmem seu propósito de consolidar no continente americano a liberdade, a democracia das instituições e a justiça social. Devem os Estados respeitar *los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción sin incurrir en discriminación de cualquier origen o naturaleza* (art. 1º). O art. 2º estabelece um compromisso para os Estados que os vincula a adotar procedimentos constitucionais e medidas legislativas internas que sejam necessárias à garantia de direitos e liberdades contidas na Carta, dentre elas aqueles que estiverem estabelecidos no art. 26. Corolariamente o art. 26 acopla aos Estados a obrigação de adotarem medidas que possam garantir direitos econômicos sociais e culturais de (i) maneira progressiva; (ii) impedindo o retrocesso; (iii) em respeito aos recursos disponíveis de cada Estado.

A CIDH tem acenado em seus julgados sobre a interpretação destas interrogantes. Passo à análise daqueles que considero essenciais para a compreensão da interpretação e aplicação do dispositivo, sem desmerecer as demais decisões que igualmente têm sua relevância assegurada no trato desta matéria.

No caso *Veliz Franco e outros c. Guatemala*¹⁶¹², os pais de Maria Isabel Veliz Franco reclamaram perante a Corte pelo descaso nas investigações do desaparecimento da sua filha de 15 anos que, depois de dois dias, apareceu morta. Reclamaram os denunciantes que, mesmo após a denúncia de desaparecimento, o Estado não demonstrou qualquer esforço em localizar a vítima, num total descaso à situação ocorrida. O Estado defendeu-se alegando que os recursos internos não haviam sido esgotados e que havia empreendido diversas diligências para solucionar o caso, entendendo que não teria ha-

1612 *Veliz Franco e outros c. Guatemala*, Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, sentença de 19 de maio de 2014, Série C nº 277.

vido negligência ou atraso injustificado que pudesse fundamentar uma condenação. Os fatos ocorreram em 2001, e em 2004, época da denúncia perante o Procurador de Direitos Humanos da Guatemala, as investigações não haviam avançado. Em 2011 constatou que provas que estavam no processo haviam desaparecido e em 2012 o processo ainda seguia na fase de investigação. Esse fato somado a várias provas dos autos quanto à negligência do Estado fez a Corte entender que houve violação dos direitos da mulher, agravado pelo fato de que a vítima era criança e estava em condição de maior vulnerabilidade, levando à conclusão que houve violação do País em garantir o livre e pleno exercício dos direitos à vida e a integridade pessoal, bem como em garantir os direitos à não discriminação. Este julgado, bem como outros mais da mesma natureza, cuida de fixar o dever dos Estados em adotar medidas positivas que garantam os direitos reconhecidos na CADH. No caso, enfatiza que “o dever de investigar é uma obrigação de meio e não de resultado”.

O Estado da Guatemala foi condenado adotar “políticas públicas e programas institucionais integrados, destinados a eliminar os estereótipos discriminatórios sobre o papel das mulheres e promover a erradicação de padrões socioculturais discriminatórios que impedem seu pleno acesso à justiça” bem como condenou ao pagamento de indenizações por danos morais e materiais devidas à família pela reparação das violações sofridas. Tais determinações estão justamente acenando para necessidade da progressividade, do *desenvolvimento progressivo e da cláusula de não retrocesso*. Ao longo do julgamento reconhece que o País cumpre com algumas medidas para garantir o cumprimento de algumas normas como, por exemplo, a existência de compilação de dados estatísticos acessíveis e confiáveis contra o feminicídio e informações referentes à violência contra a mulher; também considera que os programas existentes voltados à educação para a promoção do respeito às mulheres e não discriminação, e as “medidas e campanhas de difusão destinadas ao público em geral sobre o dever de respeitar e de garantir os direitos humanos das crianças” podem ser aperfeiçoadas e continuadas, não havendo a necessidade de ordenar que disponha de tais medidas, pois as mesmas já existem¹⁶¹³.

O caso *Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus Membros c. Panamá* tratou de pleitear a responsabilidade internacional do Estado responsabilidade internacional do Panamá em razão, da “(i) à suposta violação continuada do direito à propriedade coletiva dos povos indígenas Kuna de Madungandí (“Kuna”) e Emberá de Bayano (“Emberá”) e de seus membros, pelo alegado descumprimento do pagamento de indenizações relacionadas à desapropriação e inundação de seus territórios ancestrais, como consequência da construção da Represa Hidrelétrica do Bayano entre os anos de 1972 e 1976; (ii) à alegada falta de reconhecimento, titulação e demarcação das terras outorgadas (com relação ao povo Kuna durante um longo período e ao povo

1613 Corte IDH, *Veliz Franco e outros c. Guatemala*, item 276 e 277 da sentença de 19 de maio de 2014.

Emberá até o dia de hoje); (iii) à suposta falta de proteção efetiva do território e dos recursos naturais de invasão e da exploração ilegal por parte de terceiros; (iv) ao suposto descumprimento do Panamá de estabelecer um procedimento adequado e efetivo para o acesso à propriedade coletiva territorial e para a obtenção de uma resposta às múltiplas denúncias de ingerências em seus territórios; e (v) à sequência de violações cometidas pelo Estado que seria uma manifestação de discriminação dos povos Kuna e Emberá, a qual reflete a vigência de normas que respondem a uma alegada política de caráter assimilacionista”¹⁶¹⁴. Aqui também o Tribunal entendeu pela insuficiência de processos administrativos efetivos e suficientes que pudessem resolver a questão dos atos de invasão, entendendo que a obrigação do Estado de fornecer um recurso judicial não se reduz à existência de Tribunais e procedimentos formais, ao contrário, deve o estado adotar medidas positivas que possam garantir os “recursos disponibilizados por meio do sistema judicial sejam verdadeiramente efetivos para estabelecer se houve ou não uma violação dos direitos humanos e para fornecer uma reparação”¹⁶¹⁵.

A interpretação que a CIDH vem se pautando para definir tais extensões está fincada na análise da interpretação conjunta das regras estabelecidas na CADH. Em seu Preâmbulo “contiene los principios y valores (desde el punto de vista filosófico) que iluminan el texto de la Convención. En su segundo considerando, se afirma que el reconocimiento de los derechos esenciales del hombre tiene como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. Es claro que la protección se lograron órganos internacionales competentes (complementarios a los tribunales y jueces internos de los Estados), lo que permite inferir que la parte procesal de la Convención se ilumina con esos principios y valores que nutren la actividad de los órganos internacionales encargados de verificar el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados, en relación con los derechos humanos enumerados en la parte sustantiva” (ROCA, 2009).

A questão do retrocesso é um dos fundamentos mais debatidos contra reformas que são implementadas no direito do trabalho em vários países do Ocidente. Considerando o âmbito e limites deste trabalho, estarei centrada nas reformas nacionais.

A redação genérica do art. 26 e a remissão que expressamente faz a normas sociais, econômicas e educacionais, ciência e cultura contidas na Carta OEA já estabelece uma primeira grande dificuldade que é a de individualizar quais são os conteúdos destes direitos e a partir daí saber quais são suas derivações. Se é certo que a Carta da OEA é

1614 Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus Membros c. Panamá, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 14 de outubro de 2014, Série C nº 284.

1615 Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus Membros c. Panamá, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 14 de outubro de 2014, Série C nº 284.

um instrumento importante e expressamente referido no texto, há outros documentos não menos importantes e que estão conectados e servirão para fixar o âmbito daqueles direitos como, por exemplo, o PIDESC e as normas da OIT.

Christian Courtis (2014) faz um estudo profundo da jurisprudência da CIDH e daquilo que poderá importar nas derivações da Carta. Propõe um rol que abrange o direito à educação, direito ao trabalho, aos direitos individuais e coletivos, seguridade social, moradia, alimentação, saúde, cultura, consumidor e usuário. Lembra, ainda, que o caso “Cinco Aposentados”¹⁶¹⁶ foi o primeiro em que a Corte efetivamente fez uma referência expressa ao art. 26 da CADH, ante a afirmação da Comissão de que o Estado Peruano adotou políticas regressivas com objetivo de diminuir o estado de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais das vítimas e seus familiares e solicitou expressamente que a Corte fixasse critérios que permitissem ao Estado adotar uma política geral em matéria de previdência social.

A demanda foi proposta pela Comissão sob fundamento de que houve modificação no regime de pensões dos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez e Maximiliano Gamarra Ferreyra que vinham desfrutando de suas pensões, conforme a legislação peruana até 1992. Sustentaram, ainda, que o Estado teria descumprido as sentenças da Corte Suprema de Justiça e do Tribunal Constitucional do Peru os quais haviam ordenado aos órgãos do Estado peruano a obrigação de pagar aos aposentados uma pensão calculada da maneira estabelecida na legislação vigente no momento em que eles começaram a desfrutar de um determinado regime de aposentadoria¹⁶¹⁷.

Não se pode olvidar que a CADH constitui, ao lado de outros instrumentos a base estrutural dos direitos humanos na América Latina¹⁶¹⁸. Como assinala o Conselho Nacional de Justiça, a parceria entre este órgão brasileiro e a Corte IDH está fundada na necessidade de colaboração para que se concretize o diálogo jurisprudencial de modo que a “jurisprudência local se integre à jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos e vice-versa, em uma espécie de mão dupla”¹⁶¹⁹. A intenção é de que haja uma harmonização entre as interpretações nacionais e supranacionais.

1616 *Cinco aposentados c. Peru, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 fevereiro 2003, Série C no. 98.*

1617 *Cinco aposentados c. Peru, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 fevereiro 2003, Série C no. 98.*

1618 “A nivel regional la OEA replicó el proceso de codificación en el continente americano. Los documentos básicos de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano son la DADDH, la CADH, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará”, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Carta Democrática Interamericana, la Declaración de Principios sobre Libertad Expresión, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (STEINER & URIBE, 2014).

1619 Informação disponível em <https://www.cnj.jus.br/corte-interamericana-de-direitos-humanos-corte-idh/>, acesso em fevereiro de 2020.

No caso peruano acima referido, os cinco trabalhadores aposentados haviam se valido dos recursos e ações assegurados pelo Estado do Peru, mas teria havido um descumprimento direto das determinações do Tribunal, posicionando-se a CIDH no mesmo sentido que já havia se pronunciado no Caso da Comunidade Mayagna¹⁶²⁰ que “[...] a inexistência de um recurso efetivo contra as violações aos direitos reconhecidos pela Convenção constitui uma transgressão da mesma pelo Estado Parte no qual semelhante situação tenha lugar. Nesse sentido, deve-se sublinhar que, para que tal recurso exista, não basta que esteja previsto na Constituição ou na lei ou que seja formalmente admissível, mas se requer que seja realmente idôneo para estabelecer se ocorreu uma violação aos direitos humanos e prover o necessário para remediá-la. Não podem ser considerados efetivos aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou inclusive pelas circunstâncias particulares de um dado caso, resultem ilusórios. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando sua inutilidade tenha sido demonstrada pela prática, porque o Poder Judiciário careça da independência necessária para decidir com imparcialidade ou porque faltem os meios para executar suas decisões; por qualquer outra situação que configure um quadro de denegação de justiça, como sucede quando se incorre em atraso injustificado na decisão; ou, por qualquer causa, não se permita ao suposto lesado o acesso ao recurso judicial”¹⁶²¹. Clara alusão ao dever que os Estados têm de garantir os meios disponíveis para o desenvolvimento progressivo e a efetividade dos direitos que decoram das normas.

Mas aqui, a Corte vai além para pronunciar-se sobre o conteúdo do art. 26, cuja transcrição merece ser feita:

147. Os direitos econômicos, sociais e culturais têm uma dimensão tanto individual como coletiva. Seu desenvolvimento progressivo, sobre o qual já se pronunciou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, 158 se deve medir, no critério deste Tribunal, em função da crescente cobertura dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral, e do direito à previdência social e à aposentadoria em particular, sobre o conjunto da população, tendo presentes os imperativos da equidade social, e não em função das circunstâncias de um grupo muito limitado de aposentados não necessariamente representativos da situação geral prevalente.

148. É evidente que isto é o que ocorre no presente caso e por isso a Corte considera procedente rejeitar o pedido de pronunciamento sobre o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais no Peru, no âmbito deste caso.

Para compreender a extensão da interpretação da CIDH, há que se considerar as razões da Comissão: o descumprimento da norma discutida representa um retrocesso com respeito ao grau de desenvolvimento do direito à previdência social que as vítimas haviam logrado obter na legislação anterior; o art. 26 obriga os Estados a não adotarem “medidas regressivas com o grau de desenvolvimento alcançado sem prejuízo de que em casos excepcionais e por aplicação analógica do artigo 5 do Protocolo de San Salvador,

1620 Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicarágua, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2001, Série C nº 79.

1621 *Cinco aposentados c. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 fevereiro 2003, Série C no. 98.

possam justificar-se leis que imponham restrições e limitações aos direitos econômicos, sociais e culturais, sempre que tenham sido promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, e que não contradigam o propósito e a razão de tais direitos”. O Estado não provou que o retrocesso teve por objetivo “preservar o bem-estar da sociedade democrática” e que não contrariou o propósito e a razão de tais direitos, não fazendo prova da *necessidade* do retrocesso para a preservação de um bem maior¹⁶²².

Compreende-se que a Corte acabou por analisar o caso sob os limites da demanda posta. Perdeu-se a oportunidade de manifestar-se a respeito das cláusulas de não retrocesso e a necessária conciliação de leis internas que acabam por restringir direitos que antes tinham dimensões mais elásticas e que poderiam servir de norte a necessárias interpretações que hoje os Tribunais são provocados a se pronunciar quando das reformas legislativas que são implementadas sob o fundamento da necessária modernização e implementação de novas políticas econômicas e sociais, casos que foram muito discutidos nas reformas trabalhista e previdenciária brasileira.

A interpretação dada pela CIDH, neste particular, causa dúvidas na medida em que parece chocar com o seu próprio entendimento de que lhe faltaria competência para “analizar informes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en los países de la región, o para evaluar el estado de goce de esos derechos “sobre el conjunto de la población”. La competencia contenciosa de la Corte la obliga a evaluar reclamos individuales o pluri-individuales, pero difícilmente puede plantearse ante sus estrados un planteo que involucre al “conjunto de la población”, sin individualizar víctimas concretas” (COURTIS, 2014). Todavía, poder-se-ia entender que “el párrafo 147 de la sentencia como la exigencia, por parte de la Corte, de un requisito adicional cuando se invoquen violaciones del artículo 26: la de demostrar la relevancia colectiva del planteo. Es decir: carga de demostrar no sólo la existencia de un agravio que afectó particularmente a las víctimas, sino también la de demostrar que la violación tiene proyecciones colectivas, y que no se trata de un hecho o cuestión aislada. El caso o casos concretos planteados serían, bajo este prisma de análisis, ejemplos concretos de una medida de la que se deriven consecuencias colectivas relevantes. Dada la dificultad práctica de articular una acción colectiva o grupal ante la Corte, los selectos representantes del grupo afectado cargarían con la obligación de demostrar la representatividad de las violaciones alegadas en función de un contexto colectivo o grupal. Se trataría, ciertamente, de una carga adicional de creación pretoriana, no prevista por la Convención – aunque podría entenderse como salvaguarda formal que permita a la Corte medir la relevancia de los planteos en un campo novedoso en el que aún no se han generado estándares judiciales en el sistema” (COURTIS, 2014).

1622 *Cinco aposentados c. Peru, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 28 fevereiro 2003, Série C no. 98.*

Em 2009, a Corte parece esclarecer as dúvidas deixadas no caso “cinco aposentados” quando, analisando o caso “Acevedo Buendía y otros (cessantes y jubilados de la contraloría) vc Peru”¹⁶²³, em que a Asociación de Cesantes y Jubilados acusa o Estado peruano de não ter cumprido com as decisões do Tribunal Constitucional que ordenou que a Controladoria Geral pagasse aos integrantes da respectiva Associação remuneração, gratificação e bonificações que percebiam os servidores ou equivalentes da Controladoria que desempenhassem funções equivalentes ou semelhantes aqueles que tinham os aposentados. A semelhança do outro caso, também pediram o reconhecimento da violação da decisão do Tribunal Constitucional. A Corte faz referencia ao caso “Cinco Pensionista” para ratificar o entendimento que tem de que a situação discutida implica em violação ao direito de propriedade. Assevera o julgado¹⁶²⁴,

85. (...) esta Corte declaró una violación del derecho a la propiedad por la afectación patrimonial causada por el incumplimiento de sentencias que pretendían proteger el derecho a una pensión – derecho que había sido adquirido por las víctimas en aquel caso, de conformidad con la normativa interna. En esa sentencia el Tribunal señaló que, desde el momento en que un pensionista paga sus contribuciones a un fondo de pensiones y deja de prestar servicios a la institución concernida para acogerse al régimen de jubilaciones previsto en la ley, adquiere el derecho a que su pensión se rija en los términos y condiciones previstas en dicha ley. Asimismo, declaró que el derecho a la pensión que adquiere dicha persona tiene “efectos patrimoniales”, los cuales están protegidos bajo el artículo 21 de la Convención. Consecuentemente, en aquel caso el Tribunal declaró que al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por éstos, el Estado violó el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención

86. En este mismo sentido, el Decreto Ley n° 20530 materia del presente caso establecía un régimen de pensiones en el cual los trabajadores del sector público nacional “adqui[ría]n [el] derecho a [una] pensión” bajo determinados supuestos. Asimismo, el Tribunal Constitucional estableció que “el derecho a pensión nivelable de la Seguridad Social [cuyo ejercicio estaba consagrado por la Constitución,] estaba, en aquel entonces,] garantizado a los beneficiarios de la Administración Pública, [yera] irrenunciabl[e]

88. Dicho en otras palabras, el derecho a la pensión nivelable que adquirieron las víctimas, de conformidad con la normativa peruana aplicable, generó un efecto en el patrimonio de éstas, quienes recibían los montos correspondientes cada mes. Tal patrimonio se vio afectado directamente por la reducción de manera ilegal, según lo señalado por el Tribunal Constitucional, en el monto recibido entre abril de 1993 y octubre 2002. Por tanto, las víctimas no pudieron gozar integralmente de su derecho a la propiedad sobre los efectos patrimoniales de su pensión nivelable, legalmente reconocida, entendiendo aquéllos como los montos dejados de percibir.

1623 Acevedo Buendía e Outros (“Demitidos e aposentados da controladoria”) c. Peru, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de julho de 2009, Série C No. 198.

1624 Acevedo Buendía e Outros (“Demitidos e aposentados da controladoria”) c. Peru, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 1 de julho de 2009, Série C No. 198.

Ao contrário do posicionamento que havia adotado no caso “Cinco Aposentados”, a CIDH manifesta-se particularmente sobre o conteúdo do art. 26, cuja referência merece ser fielmente transcrita,

99. (...) *En este sentido el Tribunal recuerda que el contenido del artículo 26 de la Convención fue objeto de un intenso debate en los trabajos preparatorios de ésta, nacido del interés de los Estados por consignar una “mención directa” a los “derechos” económicos, sociales y culturales; “una disposición que establezca cierta obligatoriedad jurídica [...] en su cumplimiento y aplicación”; así como “los [respectivos] mecanismos [para su] promoción y protección”, ya que el Anteproyecto de tratado elaborado por la Comisión Interamericana hacía referencia a aquellos en dos artículos que, de acuerdo con algunos Estados, sólo “recog[ían] en un texto meramente declarativo, conclusiones establecidas en la Conferencia de Buenos Aires”. La revisión de dichos trabajos preparatorios de la Convención demuestra también que las principales observaciones sobre la base de las cuales ésta fue aprobada pusieron especial énfasis en “dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos”. Así, como parte del debate en los trabajos preparatorios, también se propuso “hac[er] posible [la] ejecución de dichos derechos mediante la acción de los tribunales”.*

100. *Asimismo, resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”).*

101. *En este sentido, la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.*

102. *El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos “no podrá lograrse en un breve período de tiempo” y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad”. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.*

103. *Como correlato de lo anterior, se desprende un deber – si bien condicionado – de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que*

restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

Como se vê, verifica-se um imenso progresso na evolução da extensão do art. 26, até que o Caso García Fajardo c. Nicaragua¹⁶²⁵ viabilizou que a CIDH sedimentasse o alcance das relações de trabalho. O caso reportado diz respeito a trabalhadores da alfândega que iniciaram uma greve após restar frustrada a negociação em que pleiteavam vários direitos trabalhistas, dentre eles indexação de salários e estabilidade no emprego. Com o resultado infrutífero, o Ministério do Trabalho resolveu decretar a ilegalidade da greve aduzindo que o Código do Trabalho não permite o exercício do direito de greve aos serviços públicos e interesses coletivos. O caso foi levado ao Tribunal que decidiu suspender a decisão da ilegalidade da greve e, mesmo assim, o Ministério do Trabalho resolveu pela dispensa dos 142 trabalhadores. Um ano depois da interposição do Recurso, o Tribunal decidiu pela manutenção da decisão do Ministério do Trabalho que havia declarado a ilegalidade da greve, o que motivou a reclamação perante a Comissão que, ante a negativa do Estado em chegar a uma solução amistosa, demandou o Estado nicaraguense.

Há dois aspectos que gostaria de me referir no caso apreciado. O primeiro quanto ao conteúdo da decisão judicial proferida no Recurso de Amparo em que a Corte omitiu-se de pronunciar-se sobre a alegação dos trabalhadores a respeito do pedido que formularam naquele recurso, para que o Tribunal se manifestasse sobre a supremacia da Constituição da Nicarágua sobre as disposições do Código do Trabalho, ressaltando que foi este fato, ou seja, a previsão da ilegalidade da greve trazida do Código do Trabalho, que fez com que o Tribunal Constitucional declarasse a ilegalidade da greve. Acena para o fato de que não conhecer de um fundamento relativo sobre os principais pontos do recurso proposto equivale a negar aos trabalhadores o recurso judicial efetivo conforme estabelece o art. 25 da CADH.

O segundo e último ponto que gostaria de me reportar desta decisão é que, definitivamente, o direito dos trabalhadores está inserido no âmbito da proteção do art. 26, o que significa que deve ser coordenado com as outras liberdades e direitos trazidas neste dispositivo, devendo os Estados envidarem esforços para assegurar a *progresividada-*

1625 Milton García Fajardo e outros vs Nicaragua, sentença de Sentença de 11 de outubro de 2001, Caso nº 11.381, Informe nº 100/01.

*de e plena efetividade dos direitos que derivam das normas contidas na Carta da OEA de natureza econômicas, sociais e culturais*¹⁶²⁶.

Assim decide a Corte,

95. *A Comissão considera que os direitos econômicos dos trabalhadores alfandegários entram no marco da proteção dos direitos econômicos, social e culturais tutelados pela Convenção Americana em seu artigo 26. As violações dos direitos dos trabalhadores são claras quando menciona os princípios de legalidade e irretroatividade, bem como da proteção das garantias judiciais. As violações por parte do Estado da Nicarágua determinam os prejuízos econômicos e postergam os direitos sociais dos peticionários.*

96. *A Comissão recorda que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem dispõe que toda pessoa tem direito ao trabalho, ao descanso e a previdência social, no sentido progressivo dos direitos. A Convenção Americana, em seu preâmbulo, dispõe: “Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma convenção interamericana sobre direitos humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria”.*

Percebe-se a progressividade no entendimento da Corte o que viabiliza que efetivamente se possa concretizar uma tutela efetiva dos direitos sociais, econômicos e culturais abrindo um grande caminho para que seja possível coordenar, sob o aspecto que estou tratando, o direito e a liberdade *do* e *ao* trabalho e o direito e a liberdade econômica possibilitando a união de tais interesses para a construção de um desenvolvimento sustentável efetivo conforme intenciona realizar a Agenda 2030 das Nações Unidas e o programa da OIT para atingir o trabalho decente.

4. DA NECESSIDADE DE UMA UNIVERSALIZAÇÃO PARA OS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

O comércio global foi facilitado pelo desenvolvimento tecnológico não havendo mais barreiras às negociações e movimentos de capitais transnacionais, de modo que as cadeias de produção que se formam em todo o mundo entrelaçadas pelos *bills* e a velocidade da internet, dispensam qualquer discussão ou regime de controle por restrições locais, justamente pela impotência das regras locais diante dos fluxos globais. O clique de um teclado permite que a concorrência entre empresas e trabalhadores vá além das discussões acerca do maior ou menor grau de subordinação ou de regras internas de mercado.

É necessário buscar um modelo social e econômico que possam harmonizar, respeitando-se as peculiaridades e culturas de cada nação e cada povo. Já se constatou que a autorregulação do mercado é ineficaz além de viabilizar o *dumping* social e econômico. A promessa de que um sistema fundado na flexibilidade, desregulamentação,

¹⁶²⁶ Milton García Fajardo e outros c. Nicarágua, Relatório nº 100/01, Caso nº 11.381, 11 de outubro de 2001, 11 de outubro de 2001.

autonomia, liberdade plena e desregulação política, ruiu. O sistema neoliberal, pregava que as decisões sobre taxas de câmbios e juros deveriam ser fixadas por atores privados, o que passou a ser feito a partir de 1973 (bancos multinacionais e fundos de investimentos especulativos) resultando no desencadeamento da privatização desenfreada de bens e serviços estendida por todo o mundo.

Era o início da desconstrução do sistema tradicional de direito do trabalho e o início de sua reordenação que, todavia, não foi apreendida à época pela maioria dos países latino americanos. No Brasil, por exemplo, os atores sociais e o Estado insistem em manter-se pregados a um modelo tradicional que não acompanha a transformações econômicas e a nova estrutura empresarial. Quero dizer que as reformas que se vem promovendo no Brasil estão muito aquém do ideal que se poderia buscar, havendo um verdadeiro paradoxo entre as facilidades que se vem buscando criar para o exercício da liberdade econômica e a tutela social ideal capaz de permitir a inclusão de trabalhadores e redução de desigualdade social, fundamentos estes que são eixos necessários da evolução econômica e social pregados pelos entes internacionais e a agenda de 2030 da Nações Unidas.

A economia colaborativa trouxe uma onda de novos negócios, capaz de colocar clientes e provedores em contato direto e em tempo real, ainda que em países distintos. Para tal modelo de novos negócios, o mundo brasileiro do trabalho não se preparou, deficiência esta que se vê, inclusive, na regulamentação do trabalho à distância e com uso de tecnologia. Descreve Tim Slee, “unas veces, los partidarios de la Economía Colaborativa la describen como una nueva clase de negocio, y otras como un movimiento social. Es una mezcla conocida de comercio y causa en el mundo digital. Es posible que en Silicon Valley viva una parte considerable de las personas más ricas del mundo, pero este lugar siempre se ha visto y se ha presentado como algo que va más allá del dinero; también tiene que ver con forjar un futuro mejor. Internet está mejorando el mundo, no solo ofreciéndonos mejores dispositivos y más información, sino remodelando la sociedad, desde las raíces hasta las ramas. Ahora disponemos de tecnología para resolver problemas que llevan siglos atormentando a la humanidad, una tecnología que deja obsoletas antiguas instituciones y normativas y que las sustituye por la computación” (SLEE, 2016).

A velocidade com que os negócios surgem e são firmados não é a mesma com que as divergências têm surgido. Daí a importância da jurisprudência firmada pelos Tribunais internacionais ser transposta aos tribunais internos. Não se trata, como afirmou a CIDH no Caso Milton García Fajardo¹⁶²⁷, de o Tribunal apreciar a legalidade Constitucional ou não de um ordenamento interno¹⁶²⁸, mas sim de analisar a questão trazida sob

1627 *Milton García Fajardo e outros vs Nicaragua*, Relatório nº 100/01, Caso nº 11.381, 11 de outubro de 2001.

1628 Recorde-se que no caso, uma das discussões levadas a Corte Peruana era justamente de provocar o Tribunal a declarar a inconstitucionalidade do Código do Trabalho no que se referia a limitação do direito de greve.

o aspecto da extensão dos direitos sociais, culturais e econômicas a fim de compatibilizar as interpretações com o fim de garantir a progressividade dos direitos, em respeito a cada cultura e condições econômicas e políticas de cada País, traçando o Norte que os regramentos locais devem ter para fazer frente aos movimentos transnacionais.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas tem também desenvolvido um importante papel na interpretação dos casos relacionados a direitos humanos com fundamento no PIDESC e outros documentos internacionais derivados. No caso, por exemplo, relativo à demanda apresentada por *MLB c. Luxemburgo*¹⁶²⁹. O autor, um representante sindical, foi despedido por falta grave, autorizada pelo Tribunal. Os fatos trazidos relatam que o autor havia criado uma “caixa preta” revendendo materiais excedentes da empresa. As revendas foram realizadas durante muitos anos em França e Luxemburgo até que passaram, a serem feitas apenas neste último País em razão do controle que a França passou a exercer pelos roubos em materiais de construção. O autor defendeu-se no Tribunal luxemburguês alegando que tudo foi feito com a conivência da empresa e que todo lucro obtido era revertido para a própria empresa. O autor entendeu que seria inútil propor recurso no Tribunal de Apelação. Além do que, a competência deste Tribunal cinge-se a problemas de interpretação e erro sobre o direito e não toca aos fatos, o que o impediria de apresentar o recurso, de modo que havia esgotado todas as instâncias jurisdicionais em seu país.

Sobre a admissão da jurisdição, o Comitê decidiu com fundamento naquilo que já vem apontando em vários outros julgados¹⁶³⁰ que, para estar vinculado à jurisdição daquele órgão o Estado Parte deve ter firmado o Protocolo ao PIDESC¹⁶³¹. Assevera o Comitê que “el Estado parte considera que el Comité no tendría competencia *ratione temporis* para examinar la presente comunicación porque los hechos señalados ocurrieron en 2013, antes de que el Protocolo Facultativo entrara en vigor para el Estado parte el 3 de mayo de 2015. No obstante, el Comité observa que el Tribunal de Apelación dictó la sentencia relativa al caso del autor el 9 de junio de 2016. El Comité recuerda que las resoluciones judiciales de los órganos nacionales se consideran parte de los hechos si resultan de procedimientos directamente relacionados con los hechos iniciales —actos u omisiones— que dieron lugar a la violación, en la medida en que las resoluciones puedan remediar la presunta violación. Si las resoluciones se adoptan después de que el Protocolo Facultativo haya entrado en vigor para el Estado parte, el criterio previsto en el artículo 3, párrafo 2 b), no supone un obstáculo para la admisibilidad de la comunicación, ya que, cuando se ejercen dichos recursos se brinda a los tribunales

1629 *MLB c. Luxemburgo*, comunicação n.o 20/2017, 11 de outubro de 2019

1630 Neste sentido, ver *S. C. y G. P. c. Itália* (E/C.12/65/D/22/2017), párr. 6.6; *Arellano Medina c. Equador*, párr. 8.3; *Trujillo Calero c. Equador* (E/C.12/63/D/10/2015), párr. 9.5; *Alarcón Flores y otros c. Equador* (E/C.12/62/D/14/2016), párr. 9.8; *Martins Coelho c. Portugal* (E/C.12/61/D/21/2017), párr. 4.2; *C. A. P. M. c. Equador* (E/C.12/58/D/3/2014), párr. 7.4; e *I. D. G c. Espanha* (E/C.12/55/D/2/2014), párr. 9.3.

1631 O Brasil não é subscritor deste Protocolo, embora tenha firmado o PIDESC.

nacionales la posibilidad de examinar las reclamaciones, poner fin a las presuntas violaciones y, eventualmente, repararlas. En el presente caso, la violación denunciada no tiene su origen en la suspensión del autor en diciembre de 2013, sino en la declaración de extinción judicial del contrato de trabajo confirmada por el Tribunal de Apelación el 9 de junio de 2016. En este sentido, el recurso de apelación interpuesto permitió a los tribunales nacionales examinar exhaustivamente las pruebas aportadas por el autor y las alegaciones respecto de las presuntas violaciones a fin de remediarlas, si procedía. En vista de lo anterior, el Comité no puede declarar la comunicación inadmisible con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3, párrafo 2 b), del Protocolo Facultativo”¹⁶³².

Todavía, o Tribunal não pôde admitir a demanda porque entendeu que o autor não esgotou a via judicial de seu País, pois, ainda que admitisse que seria inútil discutir a questão no Tribunal Constitucional deveria tê-lo submetido à instância interna, pois o Tribunal supranacional somente pode admitir uma demanda que tenha sido discutida internamente: “el Comité toma nota igualmente del argumento del autor de que sería inútil presentar un recurso ante el Tribunal de Casación porque solo se puede recurrir a dicho órgano por errores de derecho o procedimiento y, en el presente caso, el problema radicaría en la interpretación de los hechos. El Comité toma nota igualmente de que, según el autor, los empleados que pierden un recurso ante el Tribunal de Apelación no tienen ninguna posibilidad de obtener un fallo favorable en el Tribunal de Casación, afirmación que se basa en que el Estado parte no se remite a jurisprudencia alguna que indique que el autor tenía alguna posibilidad de ganar ante el Tribunal de Casación. El Comité recuerda que, en virtud de las normas establecidas en el derecho internacional, la simple duda acerca de la eficacia de un recurso no exime al autor de la necesidad de interponerlo. Observa a este respecto que el autor no ha desarrollado su argumento relativo a la presunta inutilidad del recurso que podía haber interpuesto ante el Tribunal de Casación”¹⁶³³.

De modo idêntico o Tribunal já havia se pronunciado no *Faurisson c. Francia* (CCPR/C/58/D/550/1993), párr. 6.1, ratificando assim o entendimento quanto a questão do cabimento dos recursos à instância supranacional, conservando assim a jurisdição nacional.

Em outra ocasião o Comitê apreciou o caso proposto por Marcia Cecilia Trujillo¹⁶³⁴ que teve denegado o direito à aposentadoria e formulou seu pedido à Comitê ante a violação ao art. 9 do PIDESC¹⁶³⁵. A autora era empregada doméstica e filiou-se de forma voluntária à previdência social do seu País. Após 300 cotizações à previdência social

1632 *MLB c. Luxemburgo*, comunicação No. 20/2017, 11 de outubro de 2019.

1633 *MLB c. Luxemburgo*, comunicação No. 20/2017, 11 de outubro de 2019.

1634 *Trujillo Calero c. Equador*, comunicação No. 10/2015, 26 de março de 2018.

1635 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

e tendo mais de 45 anos de idade, seguindo a orientação que lhe deu um funcionário do Instituto de Seguridade Social Equatoriano (a partir daqui, IESS), renunciou ao seu trabalho e pediu a aposentadoria especial. O IESS entendeu pela anulação de sua filiação, argumentando que havia pago 238 cotas quando o necessário seriam 300, pois considerou que os pagamentos realizados no período de 8/1989 e 2/1995 eram inválidos.

O Estado do Equador pede que a demanda seja rechaçada porque compreende que o Comitê não detém competência para decidir sobre a matéria quanto ao direito à informação em procedimento interno administrativo e judicial. O Comitê, por sua vez, asseverou tais matérias são conexas com o direito à seguridade social garantida pelo PIDESC, rejeitando arguição do Estado equatoriano. No mérito, decidiu a questão no mesmo diapasão que já vem sendo entendimento adotado pela CIDH sobre o alcance do art. 25 da CADH e da progressividade garantida pelo art. 26 da mesma Carta, “la ausencia de una protección judicial adecuada puede comportar la violación de un derecho reconocido en el Pacto pues es deber de los Estados garantizar recursos judiciales efectivos para la protección de los derechos del Pacto; no puede haber un derecho sin un recurso que lo ampare. Igualmente, el Comité considera que la falta de suministro de información adecuada a las personas sobre cómo acceder a un derecho puede comportar la violación del derecho”¹⁶³⁶. Tal entendimento já havia sido firmado na Observação geral núm. 9 (1998) sobre a aplicação interna de Pacto, pár. 2 e, também, no *I.D.G. c. España*, pár. 11.3.

Superada a questão da admissão da reclamação, o Comitê assevera que tem a competência para analisar a matéria de mérito e de fundo, quando invocada a violação do Pacto. O Comitê, decidiu, assim, que a *seguridad social es fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana*. Aqui o Comitê faz uma referência expressa aos direitos econômicos, sociais e culturais, também, assegurados na CADH, ratificando a conexão entre direito ao trabalho e a seguridade social como indispensáveis à garantia da dignidade humana, e, também, a sua conexão direta com os direitos econômicos que são a eles vinculados,

11.2. (...) *El derecho a la seguridad social conlleva importantes consecuencias financieras para los Estados pero estos tienen la obligación de asegurar, al menos, la satisfacción de niveles mínimos indispensables de este derecho. Entre otros, deben asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones, sin discriminación alguna.*

11.3 *El Comité recuerda que el artículo 9 del Pacto implícitamente reconoce el derecho a las prestaciones de vejez. Los Estados están obligados a prestar especial atención al fomento y protección de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad, para lo cual deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios*

1636 *Trujillo Calero c. Ecuador*, comunicação No. 10/2015, 26 de março de 2018.

A orientação para o desenvolvimento social progressivo também está ressaltado na decisão que adverte os Estados ao dever que assumiram quando das ratificações aos Pactos Internacionais, em *adoptar las medidas que consideren necesarias para que toda persona disfrute del derecho a la seguridad social, entre otros, con el fin de asegurar que los sistemas de pensiones de jubilación sean eficientes, sostenibles y accesibles a todas las personas. Los Estados pueden entonces establecer requerimientos o condiciones que los peticionarios tengan que cumplir para ser afiliados en cualquiera de los esquemas de seguridad social y para recibir una pensión de jubilación u otra prestación, siempre que las condiciones sean razonables, proporcionadas, claras y transparentes (...) Toda persona tiene derecho a la seguridad social, pero los Estados deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, como las mujeres*¹⁶³⁷.

A decisão estabelece, ainda, a obrigação de o Estado revisar os recursos a fim de se garantir o pleno exercício do direito das pessoas, bem como adotar medidas que garantam a igualdade de homens e mulheres a usufruir dos direitos econômicos, sociais e culturais em pé de igualdade. Ao final entendeu que o Estado do Equador cometeu ato discriminatório e condenou a) *conceder a la autora las prestaciones a las que tenga derecho como parte de su derecho a la jubilación, en atención a los aportes que realizó al IESS o, alternativamente, otras prestaciones de la seguridad social equivalentes que le permitan tener un nivel de vida adecuado y digno, tomando en cuenta los criterios establecidos en el presente dictamen; b) conceder una indemnización adecuada a la autora por la violaciones sufridas por el período en que se le denegó su derecho a la seguridad social, así como por cualquier otro daño relacionado directamente con estas violaciones; y c) reembolsar a la autora los costes legales en que razonablemente hubiera incurrido en la tramitación de esta comunicación.* Além disso determinou recomendações gerais destinadas a coletividade, consistente em medidas administrativas e legislativas que pudessem garantir os direitos e liberdades econômica social e cultural, garantindo-se um nível de vida adequado e digno.

Esta peculiaridade da decisão é de importância ímpar considerando que o mandamento da sentença, vai além dos limites estritos da discussão entre as partes, para impor os deveres que o Estado tem de garantir o núcleo duro dos Pactos que garantem o nível mínimo de dignidade a todas as pessoas, servindo de paradigma aos demais Estados na elaboração de suas normas e diretrizes internas a partir da aplicação supranacional da regra discutida.

Assim, a decisão Comitê vai além do aparente limite que possa parecer que tem os pactos internacionais, como a CADH, admitindo-se que uma pretensão de natureza individual possa resultar em determinações, também, de ordem geral. Evidentemente que não tem a mesma utilidade que uma decisão que determine diretamente a criação de políticas públicas e adequadas à tutela de direitos humanos, especificamente no âm-

1637 Trujillo Calero c. Ecuador, comunicação No. 10/2015, 26 de março de 2018.

bito deste trabalho, de natureza social e econômica. É necessário que os Tribunais internacionais avancem na direção de que os pactos de direitos humanos tenham uma compreensão uniforme e harmônica com a cultura e recursos de cada nação, mas sempre no sentido de se garantir um núcleo duro mínimo que é comum a toda a humanidade.

Estes modelos que são desenhados por decisões que tais, irão permitir e auxiliar para a formação de um modelo que seja mais coerente e inclusivo, capaz de garantir o desenvolvimento sustentável em cada país, inibindo ou dificultando o *dumping* social e econômico. É necessário que se construa no cenário de incertezas, a formação de uma nova era com ferramentas eficientes contra a desigualdade, pobreza extrema e a informalidade, males estes que representam um verdadeiro cancro para as políticas econômicas e sociais.

O Estado deve recuperar seu papel de interventor nas políticas econômicas. Deve buscar no dinamismo da globalização, mecanismos que foram trazidos pelos avanços tecnológicos dando-lhes destinação ao desenvolvimento econômico viabilizando que se alcance o desenvolvimento social. Não há progresso econômico sem eliminação das desigualdades e inclusão social. Daí a importância da governança adequada e o diálogo entre os atores sociais, retrato este que se desenha perfeitamente com a crise da COVID-19.

Propõe-se uma *nova* arquitetura para adequar-se à nova ordem social/econômica e, entre as medidas buscadas, entendo que é essencial que haja uma coordenação e aplicação efetiva de interpretações das normas supranacionais para os casos internos. Há uma necessidade urgente de Tribunais Supranacionais Sociais.

Para finalizar quero ater-me a dois pontos que servem como exemplo no cenário nacional brasileiro. As discussões travadas em torno das Plataformas Digitais e o abismo criado pelas interpretações jurisprudenciais que se vem verificando; e o entrave criado pelos Tribunais nacionais quanto ao prequestionamento recursal.

As plataformas fazem parte de um novo modelo empresarial cuja dinâmica e fundamento envolvem várias discussões e necessidades empresariais que não somente a questão da existência ou não de vínculos de empregos subordinados entre os prestadores de serviços e a plataforma. O mercado de trabalho flexível decorre da tese neoliberal cristalizada na década de 80 e tinha várias dimensões: “Òla salarial significaba acelerar los ajustes a los cambios en la demanda, en particular hacia abajo; la del empleo significaba la capacidad Òfácil y sin coste para las empresas de cambiar su nivel, en particular hacia abajo, lo que significaba una reducción en la seguridad y protección del empleo; la flexibilidad en las tareas y puestos de trabajo significaba capacidad para desplazar a los empleados a distintos lugares de la empresa y para cambiar las estructuras de empleo con mínima oposición o coste; la flexibilidad en la pericia significaba capacidad para ajustar fácilmente las habilidades de los trabajadores. Esencialmente, la flexibilidad pro-

pugnada por los desenvueltos economistas neoclásicos significaba aumentar sistemáticamente la inseguridad de los empleados, como precio a pagar supuestamente necesario por mantener la inversión y el empleo. Cada retroceso económico se atribuía en parte, honradamente o no, a la falta de flexibilidad y a la tardanza en emprender una «reforma estructural» del mercado laboral” (STANDING,).

A crise *suprime* de 2008 foi somente o sopro que faltava para que as relações entre trabalhadores e empregadores sofressem o golpe final para que efetivamente permitisse a reestruturação do direito do trabalho, situação esta agravada pela crise COVID-19 que mostrou uma face não esperada capaz de destroçar ainda mais os mercados ainda não recuperados inteiramente: a crise atual é global e humanitária reclamando soluções criativas para as imprevisões dos seus impactos.

As discussões e revisão do direito trabalhista no Brasil se faz tardiamente e em descompasso com a evolução econômica e dos mercados. Some-se às dificuldades e gargalos, a necessidade de se reestruturar vários outros setores, entre eles, o tributário, o econômico, o político e o previdenciário.

A questão posta é que, há vários vazios legislativos e, assim como em outras economias, as plataformas operam nos mercados nacionais não somente por um investimento privado de seus acionistas e criadores, mas também pela comodidade da sociedade de consumo.

A coordenação de tais interesses somente é possível através da interpretação conjunta das normas internacionais. Proibir ou impedir a formação de empresas em plataformas constitui, irremediavelmente, uma limitação ao direito econômico. As empresas têm liberdade de estabelecer-se e exercer suas atividades, respeitadas as regras de formação societária de cada país. A grande dificuldade que se verifica está no fato de um País não ter regras, caso que não se aplica ao Brasil para a formação empresarial. Todavia, o que se pode questionar é se, dentro de toda a jurisprudência analisada, não estaria o Brasil¹⁶³⁸ e também outros países latino americanos subscritores da CADH, infringindo o art. 26 da CADH quando não dispõe sobre a regulamentação das relações dos trabalhadores nas plataformas ou, em geral, trabalhadores com uso de tecnologia nas suas mais diversas formas, permitindo a formação de uma jurisprudência absolutamente contraditória e, muitas vezes, decisões embargadas de ideologias.

A liberdade econômica decorrente do capitalismo implica diretamente a necessidade de se estabelecer regras que possam conter ganâncias e concorrências desleais que prejudicam as próprias empresas e o desenvolvimento sustentável dos respectivos Países

¹⁶³⁸ Observe-se, como já afirmei anteriormente, que “para os trabalhadores motoristas em transporte remunerado privado individual de passageiros – exemplo típico do UBER-, foi publicada a lei 13640/2018 que alterou a lei 12578/2012. Corolariamente, o serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede são regidas por esta lei” (NAHAS, 2020).

que se estabelecem. Todos têm direito e liberdade de exercer livremente sua profissão, seja ela na figura do trabalhador subordinado, autônomo ou empresário, respeitados os limites da concorrência leal e as regras que devem constituir o núcleo duro das relações individuais e coletivas, com vistas a formação de uma sociedade menos desigual.

Portanto, faz-se absolutamente necessário que haja uma coerência entre o direito supranacional, que se estende sobre todos os países que se dispuseram a ceder suas soberanias em nome de uma ordem internacional e que deveria lhes permite a segurança dos pactos entre Estados, com o direito interno. Isto é, os Tribunais nacionais devem espelhar-se na jurisprudência externa, fato este que permitiria, por exemplo, que não houvesse, data máxima vênia, a vedação da formação de uma Associação de Militares conforme decidiu o STF no julgado que me referi¹⁶³⁹.

Por outro lado, e já me refiro ao segundo o ponto que queria tratar, o requisito do prequestionamento recursal, acaba por prejudicar que muitas discussões quanto a direitos fundamentais sejam conhecidas pelas instâncias supranacionais.

Não há uma cultura no País de se trabalhar com textos supranacionais, como é o caso da CADH e o PIDESC. As discussões judiciais são travadas em torno da lei infraconstitucional e constitucional. O prequestionamento serviu de entrave no caso do procedimento que correu perante o STJ onde o autor arguiu em seu recurso a violação dos seus direitos econômicos e sociais e a matéria não foi conhecida em razão do requisito do prequestionamento.

É evidente que este requisito recursal, em um Estado em que se propõe a luta pela integração da jurisprudência interna e supranacional, poderá equivaler à não garantia dos recursos eficientes e eficazes para solução das controvérsias. A proposta é de se criar um sistema processual que possa permitir que, independentemente do prequestionamento expresso da matéria, que possam o TST, STJ e o STF conhecer das questões viabilizando que possam manifestar-se sobre ela à luz das interpretações das Cortes internacionais.

A opinião consultiva OC-22/16 de 26/2/2016 solicitada pela República do Panamá a CIDH ressalta que *“el requisito de agotamiento de los recursos internos es una manifestación del principio de la colaboración o complementariedad del derecho internacional público. Al respecto, esta Corte ha establecido que la responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de determinar, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad que informa transversalmente el sistema interamericano, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la Convención Americana, “coadyuvante o complementario*

1639 Supremo Tribunal Federal, Associação de Praças do Exército Brasileira do Rio Grande do Norte vs União, Recurso Extraordinário 764297, 18 de maio de 2018.

*de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". Así, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el sistema interamericano, lo cual deriva del carácter coadyuvante o complementario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos. El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. En este sentido, la forma de constatar que el Estado, como primer llamado a proteger y garantizar los derechos humanos, tuvo conocimiento de las violaciones y la posibilidad de actuar al respecto, es precisamente a través de la regla sobre el agotamiento de los recursos internos"*¹⁶⁴⁰.

Portanto, desconhecer de uma impugnação por falta de seu prequestionamento é certo que marcará o momento em que os recursos no direito nacional foram esgotados. Por outro lado, impedirão que os Tribunais brasileiros possam contribuir para a formação da jurisprudência e da harmonia entre a interpretação do direito nacional e supranacional. Isso estimulará que questões fundamentais que possam contribuir a contenção das tensões entre direitos sociais e econômicos não sejam solucionadas à luz da jurisprudência internacional e continue o País a caminhar pela longa estrada da insegurança jurídica e do atraso em reformas estruturais que poderiam ajudar o País a reduzir a desigualdade e a pobreza, logrando assim um desenvolvimento social e econômico sustentável.

BIBLIOGRAFIA

- BAUMAN, Zygmunt e BORDONI, Carlo, *Estado em Crise*, Zahar ed. 2016
- BECK, Ulrich, *Un Nuevo Mundo feliz – la precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Paidós ed., Barcelona, 2000
- BRAND, Ulrich & SEKLER, Nicola, *Pos-neoliberalismo: temro genérico ou valioso conceito analítico e político? Objetivos de um debate nascente*, in *Diante da Crise Global – Horizontes do Pós-Neoliberalismo*, or. Ulrich Brand e Nicola Sekler, Rio de Janeiro: EdUERJ, 2010, pp.11 e ss.
- BREGALIO, Renata, *Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos*, disponível em https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/Cap3.pdf, 2008
- FONTANA, Josep, *Por el Bien del Imperio – una historia del mundo desde 1945*, ed. Pasado&Presente, Barcelona, 2011
- HOBBSBAWM, Eric, *Historia del Siglo XX*, Critica ed, Barcelona, 2011
- JIMÚNEZ, Aitor Martínez & CÉSPEDES, Manuel Miguel Vergara, *La Jurisdicción Universal como Instrumento para la Protección de Pueblos Indígenas – Un guía práctica para Defensores de Derechos Humanos*, IWGIA & FIBGAR ed, Copenhagen, 2015

¹⁶⁴⁰ Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de direitos humanos (interpretação e alcance do artigo 1.2, com relação aos artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 e 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como do artigo 8.1.a e b do Protocolo de San Salvador). *Opinião Consultiva OC-22/16*, 26 de fevereiro de 2016, *Série A No. 22*

MARÍN, José Marín, *Los Trabajos, los días y e derecho – una aproximación de la “prehistoria” del derecho del trabajo*, Bomarzo ed, Albacete (Es), 2001

MARX, Karl. *El capital* I (Spanish Edition) (Locais do Kindle 4283-4291). Edição do Kindle.

NAHAS, Thereza Christina, *Reflexiones sobre los Efectos de Capital Globalizado en las Relaciones de Trabajo*, Bomarzo ed., Albacete (Es) 2016

NAHAS, Thereza Christina *et alii*, *NOVAS TECNOLOGIAS, PLATAFORMAS DIGITAIS E DIREITO DO TRABALHO - Uma comparação entre Itália, Espanha e Brasil*, Edt. RT, São Paulo, 2020 (no prelo)

NAHAS, Thereza Christina & MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva, *Revista de Direito do Trabalho edições especiais do centenário da OIT*, nº Novembro e Dezembro 2019

PERULLI, Adalberto & MARRELLA, Fabrizio, *Manifesto Di Venezia per la Regolazione Della Globalizzazione Economica. La Globalizzazione Virtuosa*, Giuffrè Editore, Milano, 2009

ROCA, Javier García, *El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: Un instrumento constitucional de orden público europeo*, en: García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2009, p. 27 y 28.

ROMITA, Arión Sayao, *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, LTr ed., São Paulo, 2005

SALVIOLI, Fabián, *La Protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos*, disponível em <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-proteccion-de-los-derechos-economicos-sociales-y-culturales-en-el-sistema-interamericano-de-derechos--2.pdf>, acesso fevereiro de 2020.

SLEE, Tom. *Lo tuyo es mío: Contra la economía colaborativa* (Spanish Edition), Penguin Random House Grupo Editorial España. Edição do Kindle

SMITH Adam, *La riqueza de las naciones*, Alianza Editorial Madrid, 3º ed , 2011.

STANDING, Guy. *El precariado* (Ensayo (pasado Presente) (Spanish Edition) . Pasado y Presente. Edição do Kindle

COURTES, Christian *et alii*, *Convención sobre Derechos Humanos Comentada*, coord., Steiner, Christian & Uribe, Patricia, Suprema Corte de la Justicia de la Nación, 2012, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Introducción: Las Epistemologías del Sur*, 2011, disponível em http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/INTRODUCCION_BSS.pdf

.....*Descolonizar el Saber, Reinventar el Poder*, disponível em http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Descolonizar%20el%20saber_final%20-%20Cópia.pdf, 2010

..... **Aula Magistral 1** *Epistemologías do Sul: Desafios Teóricos e Metodológicos* 18 Março 2016 – Auditório da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, disponível em <http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/aulas-magistrais.php>

..... **Aula Magistral 2** *É possível descolonizar o marxismo? Capitalismo, colonialismo e patriarcado*, 1 Abril 2016 – Auditório da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, disponível em <http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/aulas-magistrais.php>

INFORMES DE ORGANISMOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS:

BND, *O crescimento da economia brasileira – 2018-2023*, abril de 2018

CEPAL, *La Ineficiencia de la Desigualdad*, La Habana, 02 a 11/mayo, 2018

CEPAL, *Panorama Social de América Latina*, 2019

CNJ, *Direitos Econômicos, sociais e Culturais e Discriminação*, Brasília, 2016

CIDH, REDESCA, *Empresas y Derechos Humanos – Estándares Interamericanos*, 1º/11/2019

COPREDEH, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, versión comentada*, Guatemala, 2011

ILO, *The Global Labour Income Share and Distribution , Data Production and Analysis Unit*, ILO Department of Statistics, July, 2019

ILO, *Revisión de la Clasificación Internacional de la Situación en el Empleo (CISE-93)*, 2013

ILO, *Panorama Laboral – América Latina y el Caribe*, 2011

ILO, *Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo: del compromiso a la acción*, Conferência Internacional del Trabajo, 201ª reunión, 2012

ILO, *Perspectivas sociales y del Empleo en el Mundo, Tendencias 2020*, 2020

ILO, *Crisis económica global y respuestas desde el mundo del trabajo: Republica Dominicana*, 2011

ILO, *Dar un rostro humano a la Globalización*, 2012

OECD, *Relatórios Econômicos OCDE – Brasil*, fevereiro 2018

ILO, *O Futuro do Trabalho no Brasil, perspectivas e diálogos tripartites*, 2018

ILO, *Trabajar para um futuro más prometedor*, 2019

ILO, *Declaracion del Centenário*, 2019

IOE (ILO), *Changing Business and Opportunities for Employer and Business Organizations*, 2019

SITES:

<https://www.worldbank.org/pt/country/brazil>

<https://www.worldbank.org>

<https://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>

<https://www.weforum.org>

<https://www.cepal.org/es>

<http://www.oas.org/es/cidh/>

<https://www.un.org/ecosoc/en/home>

<http://portal.stf.jus.br>

<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>

<http://www.tst.jus.br>

<https://www.oecd.org/about/members-and-partners/>

[https://www.acronymfinder.com/Comisión-Presidencial-de-los-Derechos-Humanos-\(Spanish\)-\(COPREDH\).html](https://www.acronymfinder.com/Comisión-Presidencial-de-los-Derechos-Humanos-(Spanish)-(COPREDH).html)

<https://www.eurofound.europa.eu>

A PROGRESSIVA EFETIVIDADE DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS NO ÂMBITO DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS: UMA NECESSÁRIA ABORDAGEM DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Bernardo Tinôco de Lima Horta

RESUMO: Este estudo pretende realizar a revisão de literatura a respeito da relação entre os temas: desenvolvimento das instituições e efetivação dos direitos humanos, com especial enfoque relativo à efetivação de direitos sociais tratados no art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Para tanto, foi apresentada a teoria de Douglass North (Novo Institucionalismo Econômico), bem como o estudo realizado por Daron Acemoglu e James Robinson a respeito da relação entre a qualidade das instituições e o desenvolvimento das nações. Após, foi trazido também o conceito de Amartya Sen a respeito do desenvolvimento e liberdade. Em seguida, foi examinada a efetividade dos direitos sociais e suas limitações orçamentárias, com enfoque jurisprudencial – seja das cortes internas, seja das cortes internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos e sociais. Desenvolvimento. Reserva do Possível.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; 3. Os tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro; 4. Desenvolvimento progressivo: o papel das instituições; 5. O desenvolvimento das nações: para além de um conceito meramente econômico; 6. Direitos de contraprestação: direitos sociais, econômicos e culturais. Ativismo judicial e possíveis limites; 7. A aplicação do art. 26 no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos; a. Direito à Saúde; b. Direito ao Trabalho; c. Direito Ambiental; 8. A noção de direitos prestacionais na visão do Supremo Tribunal Federal; 9. Os direitos sociais e o Superior Tribunal de Justiça; 10. Análise comparativa entre decisões das cortes internas e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 11. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Por ocasião do estudo a respeito da Convenção Americana dos Direitos Humanos¹⁶⁴¹ ganha relevo a previsão no art. 26 daquele diploma, que impõe aos Estados Partes o dever de progressivamente concretizarem os direitos sociais, econômicos e culturais previstos no âmbito supranacional, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Trata-se, como se vê, de hipótese de uma tutela gradual dos direitos econômicos, sociais e culturais, observando-se as limitações orçamentárias, e que não se limita à atuação do parlamento.

1641 Também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, internalizado no Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Em uma primeira leitura, já é possível estabelecer algumas indagações que atinjam o teor de tal dispositivo normativo, com especial destaque para a noção de desenvolvimento dos direitos sociais e de sua efetivação, bem como relativamente à análise doutrinária e jurisprudencial, interna e internacional, sobre a concretização dos direitos que exigem uma prestação material do Estado.

A título de introdução, será destacado o texto da Convenção Americana dos Direitos Humanos, bem como será analisada a natureza jurídica de suas disposições no âmbito interno brasileiro.

Após, deve-se examinar o conceito, do ponto de vista teórico, sobre o desenvolvimento progressivo tratado pela norma em questão.

Para tanto, o presente estudo se propõe a investigar a teoria de José Joaquim Gomes Canotilho, em abordagem jurídica que trata da concretização gradual dos direitos sociais que exigem uma contraprestação do Estado.

De modo complementar e comparativo, serão examinadas as lições econômicas de Douglass North sobre o Novo Institucionalismo Econômico, que se somam ao estudo realizado por Daron Acemoglu e James Robinson a respeito da relação entre a qualidade das instituições e o desenvolvimento das nações.

Em mais um enfoque transdisciplinar, será destacada a concepção de desenvolvimento e liberdade cunhada por Amartya Sen.

Em seguida, serão verificados os limites à efetivação de direitos prestacionais, seja por parte do parlamento, seja também por parte dos órgãos jurisdicionais locais – já que a própria convenção não se limita à via legislativa quando determina a implementação progressiva dos direitos que exigem do Estado, para sua concretização, uma prestação material.

Com o intuito de verificar o conteúdo fenomenológico da norma em estudo, serão examinados, brevemente, julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça.

Ao longo do trabalho, serão evidenciadas também questões atinentes ao Direito Comparado e que diga respeito ao tema da pesquisa.

Por fim, serão estabelecidas algumas conclusões, na forma de considerações finais, com o intuito de aprimorar os estudos sobre a concretização de direitos sociais, econômicos e culturais pelos Estados Membros signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos.

2. O ARTIGO 26 DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.

Ainda a título introdutório, se faz necessário esclarecer o conteúdo do texto normativo do art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como sobre o tratamento que o ordenamento jurídico interno dá ao referido diploma internacional.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi celebrada em 22 de novembro de 1969, tendo sido internalizada no Brasil por meio do Decreto n. 678 de 1992.

O diploma em exame resulta da evolução daquilo já anteriormente previsto na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem – conforme se observa do preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Seu capítulo III, que trata dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assim dispõe, no artigo 26:

Artigo 26

Desenvolvimento Progressivo

Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Dessa forma, observa-se que, de acordo com o texto normativo em análise, os Estados-Partes se obrigam a progressivamente dar plena efetividade aos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Desde logo, é possível perceber que a norma não impõe um direito absoluto às pessoas que requeiram aos Estados-Partes a concretização imediata de determinado direito social – tratando-se de obrigações positivas, a exigir uma contraprestação inclusive pecuniária por parte dos Estados, a Convenção houve por bem determinar que a implementação de direitos sociais, econômicos e culturais terá um desenvolvimento progressivo, na medida dos limites orçamentários verificados no ambiente interno.

Cabe o destaque, ainda, de que o referido art. 26 determina que a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais não se limita à esfera parlamentar, já que possibilita, de forma abrangente, a concretização “por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

Em relação ao regime de direitos fundamentais estabelecido na Constituição Federal de 1988, é importante a citação de seu art. 5º, §2º, que assim dispõe:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Portanto, como se observa pelo texto constitucional expresso, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos detém plena aplicabilidade no âmbito interno, já a República Federativa do Brasil internalizou o seu teor, que ora se encontra constitucionalmente protegido.

É importante, como último destaque neste ponto, a indicação de que o próprio Supremo Tribunal Federal entende, atualmente, que os tratados internacionais de direitos humanos se sobrepõem às leis na hierarquia normativa, detendo, portanto, caráter de supralegalidade - a exemplo do acórdão prolatado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5240, relatada pelo ministro Luiz Fux, e julgada em 20/08/2015. Esta questão será melhor analisada no tópico seguinte.

3. OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Para o avanço da análise proposta neste estudo, faz-se necessário abrir este tópico específico com o fim de estabelecer as premissas teóricas e históricas em relação à aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos em nosso país.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, em seu curso de Direito Constitucional (2015, p. 613-627), traçam um importante panorama sobre o tema, lecionando que desde a promulgação da Constituição de 1988 surgiram correntes distintas para o exame da hierarquia normativa entre os diplomas internos e aqueles internacionais.

Os professores apontam que, na interpretação do art. 5º, §2º, da Constituição Federal, surgiram quatro correntes: (i) a que reconhece a natureza supraconstitucional do diplomas internacionais que versem sobre direitos humanos; (ii) a que reconhece o caráter constitucional desses diplomas; (iii) a que lhes atribui caráter de lei ordinária; e (iv) finalmente a que reconhece o caráter supralegal dos diplomas internacionais de direitos humanos (MENDES; BRANCO. 2015, p. 613-614).

Após analisarem os meandros de cada posicionamento, os doutrinadores apontam que (MENDES; BRANCO. 2015, p. 624):

é mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Com efeito, esta foi a tese recentemente encampada pelo Supremo Tribunal Federal, que, ao interpretar o art. 5º, §2º, da Constituição Federal, reconhece que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos possuem status de supralegalidade em nosso ordenamento, se sobrepondo às leis, mas devendo obediência hierárquica ao texto constitucional – tendo este entendimento se solidificado por ocasião da análise da licitude sobre a prisão civil do depositário infiel, notadamente no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343, de relatoria do ministro Cezar Peluso, e do Recurso Extraordinário n. 349.703, que teve como relator originário o ministro Ilmar Galvão.

4. DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO: O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES.

A relação entre o aprimoramento das instituições e o desenvolvimento das nações se trata de tema examinado no contexto global, e de maneira multidisciplinar, e tem especial relevância para a investigação sobre o art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas editou dezessete objetivos de desenvolvimento sustentável, dentre os quais se evidencia o de item 16, que determina a construção de instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis (ONU, 2015). Após, os desdobramentos do referido item 16 também dispõem sobre a necessidade de promoção do Estado de Direito (16.3), além de tratar sobre a proteção das liberdades fundamentais (16.10).

Como se percebe, então, existe um cenário global de incentivo ao aprimoramento das instituições, para que sejam eficazes, responsáveis, transparentes, e para que promovam o desenvolvimento dos próprios direitos humanos, aí incluídos, por certo, os direitos sociais, econômicos e culturais.

Na doutrina, já existe uma contundente literatura, especialmente oriunda das ciências econômicas, que leciona que o desenvolvimento das nações está umbilicalmente vinculado à qualidade de suas instituições.

Segundo Douglass North, instituições são criações humanas que regulam as interações políticas, sociais e econômicas em uma sociedade, podendo ter caráter informal (tabus, costumes, tradições) ou formal (constituição, lei, propriedade intelectual), sendo que a sua formatação irá gerar os incentivos estruturais de uma economia, podendo resultar em crescimento, estagnação ou mesmo declínio (NORTH, 1991, p. 97).

Sobre o tema, Daniela Nicoli Mendes aponta que o Novo Institucionalismo Econômico, desenvolvido com base nas lições de Douglass North, conclui que as instituições efetivamente importam para o desenvolvimento, e, mais do que isso, podem se tornar o fator determinante para o desenvolvimento ou não de um país (MENDES, 2019, p. 11). Em seguida, conclui, com base em sólida doutrina, que, embora seja difícil a verificação das instituições que podem levar ao desenvolvimento, ao menos é possível identificar instituições disfuncionais que persistem no tempo e que devam ser objeto de reforma (MENDES, 2019, p. 32).

Em conclusão equivalente àquela traçada por Douglass North, Daron Acemoglu e James Robinson destacam importante e aprofundado estudo em que apontam que o desenvolvimento das nações está ligado, mais do que a aspectos culturais ou geográficos, à qualidade das instituições que formatam as relações sociais de cada país (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012). Assim, as nações com instituições ditas extrativistas ou extrativas tendem ao fracasso, enquanto as instituições denominadas inclusivas levam os países ao desenvolvimento (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012, p. 58-63).

Segundo os autores, instituições inclusivas são aquelas que se direcionam ao bem coletivo, promovem a inovação e premiam as iniciativas tendentes ao desenvolvimento da comunidade – sendo transparentes, responsáveis e eficazes, nos termos trazidos pelos objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU (ONU, 2015); por outro lado, as instituições extrativistas se destinam precipuamente a manter privilégios em favor da elite política, econômica e social de determinada nação, não premiando o mérito ou a inovação, em prejuízo ao desenvolvimento nacional coletivamente considerado (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012, p. 58-63).

Vê-se, portanto, que instituições que não se enquadram no referido conceito de instituições inclusivas são consideradas, de forma praticamente consensual, como nefastas à concretização do Estado do Direito e dos próprios direitos fundamentais dos cidadãos, aí incluídos, logicamente, a garantia do mínimo existencial.

5. O DESENVOLVIMENTO DAS NAÇÕES: PARA ALÉM DE UM CONCEITO MERAMENTE ECONÔMICO.

De pronto, neste tópico, convém sublinhar o marco teórico sobre o qual se embasa o conceito de desenvolvimento a ser utilizado para a melhor compreensão do art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Trata-se da lição de Amartya Sen, para quem uma concepção adequada de desenvolvimento não se limita à acumulação de riqueza ou ao crescimento de renda ou do produto interno bruto, mas, sim, o desenvolvimento deve vincular-se à melhora da vida e das liberdades desfrutadas pela população (SEN, 2010, pgs. 28-29).

Neste panorama, verifica-se que a noção de desenvolvimento não se trata de questão meramente econômica, estritamente vinculada a critérios como a mensuração do Produto Interno Bruto, ainda que medido “per capita”.

Do ponto de vista jurídico, e como forma de realizar uma melhor leitura do art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o conceito de desenvolvimento pode ser determinado como a concretização do mínimo existencial dos cidadãos, com especial destaque para a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Com efeito, são tais direitos que realizam, em concreto, a melhoria de vida e possibilitam a liberdade a ser desfrutada pela população – certamente tendo como antecedente lógico um Estado democrático e respeitador do império da lei.

Justamente nesse contexto é que devem ser enxergadas também as instituições que compõem a Administração Pública: assim, parece ser correta a constatação de que o Poder Público deve efetivar os direitos humanos, sendo este o critério jurídico-constitucional que determina que as instituições devam ser eficazes, transparentes e responsáveis.

Sobre o tema, é importante destacar a lição de João Bosco Leopoldino da Fonseca, que conclui que o desenvolvimento tem como centro propulsor e como centro de convergência o homem (FONSECA, 2017, p. 59).

Não se afigura possível, então, pensar em efetivação dos direitos humanos sem que se pense no aprimoramento institucional a ser realizado no país, já que a qualidade das instituições, como se tem defendido, é fator determinante para o desenvolvimento nacional (e não somente o desenvolvimento econômico), aí incluída a noção de oportunidades e de liberdade a favor dos cidadãos.

Neste ponto, vale sublinhar a lição de Amartya Sen, para quem uma concepção adequada de desenvolvimento não se limita à acumulação de riqueza ou ao crescimento de renda ou do produto interno bruto, mas, sim, o desenvolvimento deve vincular-se à melhora da vida e das liberdades desfrutadas pela população (SEN, 2010, pgs. 28-29).

Ademais, a fundamentalidade da pessoa humana (FORTINI; LACERDA, 2010) impõe a constatação de que o Poder Público, no âmbito jurídico interno, deve promover o desenvolvimento institucional de suas próprias estruturas com o objetivo precípua de garantir o mínimo existencial, aí considerada a dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF), conforme lição de Onofre Alves Batista Júnior (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 179).

A leitura da questão, portanto, converge para uma análise da maximização do bem-estar coletivo e do desenvolvimento nacional, decorrente do aprimoramento institucional, sem que se afaste a necessidade de efetivação dos direitos humanos, como propulsores da liberdade e da melhora de vida (SEN, 2010, pgs. 28-29).

6. DIREITOS DE CONTRAPRESTAÇÃO: DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. ATIVISMO JUDICIAL E POSSÍVEIS LIMITES.

Conforme verificado nas linhas acima, pode-se concluir, neste ponto, então, que a qualidade das instituições influi de forma direta na efetivação dos direitos humanos – como aqueles tratados pelo art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No âmbito judicial, ganha terreno a discussão a respeito da efetivação dos direitos fundamentais de caráter social, especificamente no que diga respeito àqueles que exigem uma contraprestação por parte do Poder Público.

Na lição da doutrina, MENDES e BRANCO (2015, p. 638), com base na literatura germânica, apontam que se o Estado está constitucionalmente obrigado a prover os direitos sociais de contraprestação, “cabe indagar se, e em que medida, as ações com o propósito de satisfazer tais pretensões podem ser juridicizadas, isto é, se, e em que medida, tais ações deixam-se vincular juridicamente”.

E, no mesmo sentido, convém destacar as ponderações de José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2008, com grifos no original):

*Voltámos ao tema quase dez anos depois num trabalho intitulado “Metodologia ‘fuzzy’ e ‘casmaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”. Nesse estudo procuramos problematizar a dependência legal dos direitos constitucionais sociais tendo em conta com a “reserva de cofres financeiros”. De certo modo, a nossa perspectiva dirigia-se no sentido de salvar a dimensão normativa da socialidade através de dois esquemas: (i) procurar novas vias para a “des-introversão” da socialidade estatal; (ii) distinguir entre **direitos constitucionais sociais** e **políticas públicas** de realização de direitos sociais. A linha ideológica de fundo poderia ser resumida da seguinte forma: o carácter dirigente da Constituição Social não significa a optimização **directa** e **já** dos direitos sociais, antes postula a graduabilidade de realização desses direitos. Graduabilidade não significa, porém, reversibilidade social.*

O problema dessa posição é que ela foi rapidamente ultrapassada pela chamada “crise do Estado Social” e pelo triunfo esmagador do globalismo neoliberal. Em causa está não apenas a graduabilidade, mas também a reversibilidade das posições sociais.

É justamente este o principal ponto que cerca o exame sobre a efetivação dos direitos sociais que exigem uma contraprestação do Estado.

No cenário jurídico interno, estão inseridos nesta categoria os direitos sociais, com destaque para aqueles previstos no art. 6º da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os direitos sociais são objeto de previsão constitucional, além de serem também objeto de disposição expressa no âmbito da Convenção Americana de Direitos Hu-

manos, embora o seu alcance efetivo venha sendo resultado da interpretação jurídica exercida pelas cortes judiciais.

A título de direito comparado, destaca-se a previsão disposta no art. 81 da Constituição Italiana¹⁶⁴², que normatiza verdadeiro sopesamento entre os direitos contraprestacionais e as limitações orçamentárias contextualizadas dentro do ciclo econômico específico – aí observado também o conflito geracional que pode colocar as gerações futuras em posição prejudicial. Sobre o tema, é também relevante o livro *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, estudo dos professores Cass Sunstein e Stephen Holmes¹⁶⁴³.

Também Canotilho aponta que os direitos sociais são caros, o que se soma ao fato de que algumas prestações indispensáveis à efetivação desses direitos devem ser assegurados de forma gratuita ou praticamente gratuita (CANOTILHO, 2008).

Nesta esteira, a própria Convenção Americana de Direitos Humanos, sabiamente, reconhece, no citado art. 26, a limitação orçamentária como um óbice fenomenológico à plena e imediata efetivação dos direitos humanos que exigem uma contraprestação do Estado: assim, o referido diploma reconhece verdadeira tutela gradual dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Assim, como se pode observar, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 26, estatui a mesma conclusão de Canotilho, acima exposta, segundo a qual os direitos sociais não necessariamente serão concretizados de forma imediata, mas, sim, de forma gradual (CANOTILHO, 2008).

No entanto, a realidade fenomenológica brasileira impõe um desafio ainda maior aos magistrados, já que existe a referida crise de efetividade dos direitos fundamentais no país. Por óbvio, esta situação de crise pode ser verificada eventualmente também em outros países em desenvolvimento signatários da convenção.

A efetivação dos direitos sociais, segundo a doutrina, acaba por passar pela concepção do mínimo existencial (BARROSO, 2015, p. 214):

Tome-se o exemplo dos direitos sociais. A doutrina contemporânea desenvolveu o conceito de mínimo existencial, que expressa o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado

E, para suprir a lacuna e garantir o mínimo existencial (MENDES; BRANCO, 2015, p. 642) aos cidadãos, em favor da dignidade da pessoa humana – fundamento

1642 Ver PANIZZA, Saulle. Dicionario Breve de La Constitución Italiana. 1 ed. Viareggio (LU): La Vela. 2018, pgs. 115/116.

1643 Para leitura em português sobre a obra citada, sugere-se a resenha crítica, de autoria de Rodrigo Gomes Flores, disponível em <https://jus.com.br/artigos/38623/resenha-da-obra-o-custo-dos-direitos-por-que-a-liberdade-depende-dos-impostos>. Acesso em 21/04/2018.

da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, §3º, da Constituição Federal – o Poder Judiciário tem ganhado verdadeiro papel de protagonista, ainda que as críticas a sua atuação sejam cada vez mais contundentes, em igual proporção ao incremento da atuação jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais.

Nesta esteira, destaca-se que o próprio art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao tratar dos direitos sociais, econômicos e culturais, não limita a sua implementação somente pela via legislativa – já que traz a expressão “por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

Há, portanto, uma expressa permissão normativa para que outros órgãos internos, e não somente o parlamento, possam efetivar os direitos sociais, culturais e econômicos – podendo-se dar um especial destaque para a atuação jurisdicional na concretização de direitos humanos de caráter prestacional.

Dentro desta ótica, é importante sublinhar a seguinte reflexão da doutrina brasileira (FARIAS, 2017, p. 57):

Por outro lado, é de se ressaltar que em casos de democracias que sofrem disfunções e crises em sua legitimidade, funcionalidade ou representatividade quanto ao Legislativo, devem-se observar os casos de ativismo judicial como uma solução temporária ou mesmo de urgência para determinados casos concretos, a fim de que uma reforma política surja com força suficiente para sanar as omissões existentes e fazer com que os julgadores fiquem cada vez mais voltados ao texto da lei. Afinal, a resolução de problemas políticos por juízes não é a regra prevista na divisão dos poderes criada outrora.

Neste ponto do estudo, sem a pretensão de exaurir o tema, cabe fazer referência aos assim chamados “novos direitos”, que, embora não decorram direta ou literalmente de normas expressas, têm sido objeto de tutela jurisdicional dita “criativa” para a sua efetivação.

A doutrina italiana assim leciona sobre o tema (ROMBOLI, 2016):

La felice espressione ‘nuovi diritti’ non deve comunque essere presa alla lettera e far pensare al fenomeno per cui gli stessi, non previsti dal testo costituzionale, vengono ‘creati’ più o meno ex novo dalla giurisprudenza costituzionale o dei giudici comuni. Il carattere rigido della Costituzione richiederebbe infatti per un’operazione del genere il procedimento della revisione costituzionale, per cui con la suddetta espressione si deve più propriamente intendere la possibilità che la nozione di ‘diritti inviolabili’ o diritti fondamentali possa essere concretizzata, oltre che ovviamente attraverso l’intervento del legislatore ordinario, anche da parte della giurisprudenza, seppure con modalità e limiti diversi, essendo chiaramente diversa la loro legittimazione alla creazione del diritto.

(...)

L’applicazione della Costituzione può pertanto essere effettuata anche direttamente dal giudice, pur se in termini ed efficacia diversi rispetto a quelli riconosciuti al legislatore. Può utilmente richiamarsi in proposito la nota decisione con cui la Corte costituzionale ha dichiarato

la incostituzionalità dell'art. 630, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò fosse necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (sent. 113/2011).

Assim se vê que, também na Itália, se vem admitindo a atuação jurisdicional na efetivação de direitos fundamentais ou de direitos humanos, no âmbito comunitário, como resultado do controle de efetividade do mínimo existencial dos cidadãos – embora se deva destacar que a jurisprudência daquela nação tem apresentado movimentos históricos dissonantes quanto à possibilidade de o judiciário efetivar, em detrimento do parlamento, tutela relativa a direitos sociais, impondo a obrigação de o Estado, de imediato, prestar o necessário à implementação do direito reconhecido (ROVAGNATI, 2012).

7. A APLICAÇÃO DO ART. 26 NO ÂMBITO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos já foi instado a manifestar-se sobre temas afetos ao dever de os Estados Membros progressivamente concretizarem os direitos sociais, econômicos e culturais previstos no âmbito supranacional, conforme disposto no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem entendimento no sentido de que o direito ambiental, o direito laboral e o direito à saúde são objeto de alcance do texto normativo do art. 26 da convenção, podendo ser objeto de pedido judicial para a sua implementação, conforme se decidiu no Caso Lagos del Campo vs. Peru¹⁶⁴⁴.

A. DIREITO À SAÚDE

Sobre o direito à saúde, ganha relevo o caso *Poblete Vilches e outros c. Chile*, em que Corte Interamericana se pronunciou pela primeira vez de maneira autônoma sobre o direito à saúde¹⁶⁴⁵.

O caso se trata de uma impugnação aos serviços hospitalares fornecidos pelo Estado, no Chile, especificamente tratando do falecimento do senhor Poblete Vilches.

Na ocasião, a corte entendeu que o direito à saúde é protegido pelo art. 26 da Convenção Americana, tratando-se de “direito decorrente das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA”¹⁶⁴⁶.

1644 CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. *Lagos del Campo c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 340.

1645 CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. *Poblete Vilchez e outros c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 8 de março de 2018, Série C No. 350.

1646 CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. *Poblete Vilchez e outros c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 8 de março de 2018, Série C No. 350.

No julgamento, ainda, a Corte definiu que a saúde é um direito humano fundamental, cabendo aos Estados uma série de obrigações, relacionadas notadamente ao dever de assegurar aos cidadãos o acesso aos serviços essenciais de saúde, além de garantir uma prestação médica de qualidade e eficaz, e promover melhorias nas condições de saúde da população¹⁶⁴⁷.

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, estas obrigações, em primeiro lugar, estão ligadas ao dever de regular, razão pela qual a Corte indicou que os Estados são responsáveis por regular em caráter permanente a prestação de serviços, públicos ou privados, de saúde. Em segundo lugar, a Corte referiu-se também a uma série de elementos essenciais e inter-relacionados, que devem ser preenchidos em questões de saúde, sendo eles: disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade¹⁶⁴⁸.

Cabe destacar, no entanto, que as considerações da Corte, no caso, trataram tão-somente de serviços básicos e serviços de urgências de saúde¹⁶⁴⁹.

Em outras palavras, tem-se que o direito à saúde, tal qual reconhecido pela Corte, se limitou a serviços básicos e a serviços de urgência, de modo, ao que parece, a adequar-se às limitações orçamentárias previstas no art. 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Não houve, portanto, imposição, ao Estado, de todo e qualquer serviço de saúde necessitado pela pessoa requerente.

B. DIREITO AO TRABALHO

Quanto ao direito ao trabalho, a corte também reconhece o direito laboral como intrínseco ao rol de direitos humanos, cabendo aos Estados resguardar a efetivação deste direito – que também se extrai do art. 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos¹⁶⁵⁰.

Nesse sentido, assim decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Lagos del Campo c. Peru*¹⁶⁵¹:

Em relação ao exposto, infere-se que as obrigações do Estado quanto à proteção do direito à estabilidade no trabalho no âmbito privado se traduz, em princípio, nos seguintes deveres: a) adotar as medidas adequadas para a devida regulamentação e fiscalização desse direito; b) proteger o trabalhador, por meio de seus órgãos competentes, contra a demissão injustificada; c) remediar a situação, em caso de demissão injustificada (seja mediante a readmissão ou, caso seja pertinente, mediante a indenização e outros benefícios previstos na legislação nacional).

1647 CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. *Poblete Vilchez e outros c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 8 de março de 2018, Série C No. 350.

1648 CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. *Poblete Vilchez e outros c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 8 de março de 2018, Série C No. 350.

1649 CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. *Poblete Vilchez e outros c. Chile*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 8 de março de 2018, Série C No. 350. Item 21 da sentença, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf. Acesso em: 06-12-2019.

1650 CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. *Lagos del Campo c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 340.

1651 CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. *Lagos del Campo c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 340.

Por conseguinte, d) o Estado deve dispor de mecanismos efetivos de reclamação frente a uma situação de demissão injustificada, a fim de garantir o acesso à justiça e à tutela judicial efetiva desses direitos.

C. DIREITO AMBIENTAL

Finalmente, na tutela do direito ambiental, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em parecer consultivo solicitado pela Colômbia (OC 23/2017), reconheceu a ocorrência de uma relação inafastável entre a proteção do meio ambiente e a efetivação de outros direitos humanos, uma vez que a degradação ambiental afeta o aproveitamento efetivo de outros direitos humanos, sendo que tal direito também se encontra inserido no art. 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos¹⁶⁵².

No mesmo parecer, a Corte reconheceu a obrigação dos Estados de prevenir dano ambiental significativo dentro e fora do seu território, ou mesmo de mitigar os danos, ainda que não se trate de ato oponível a ação ou omissão do próprio Estado.

Assim se pronunciou a Corte na análise do tema objeto da consulta¹⁶⁵³:

Em sua Opinião Consultiva, a Corte reconheceu a existência de uma relação irrefutável entre a proteção do meio ambiente e a realização de outros direitos humanos, devido ao fato de que a degradação ambiental afeta o aproveitamento efetivo de outros direitos humanos. (...) No sistema interamericano de direitos humanos, o direito a um meio ambiente saudável é reconhecido expressamente no art. 11 do Protocolo de San Salvador: (...). Esse direito também deve ser considerado incluído entre os direitos econômicos, sociais e culturais protegidos pelo art. 26 da Convenção Americana. (...) a. Os Estados possuem obrigação de prevenir dano ambiental significativo dentro e fora do seu território. b. Para cumprir esta obrigação de prevenção, os Estados devem regular, supervisionar e monitorar as atividades sob sua jurisdição que podem causar danos significativos para o ambiente; realizar avaliações de impacto ambiental quando houver risco de danos significativos ao meio ambiente; preparar planos de contingência para estabelecer medidas e procedimentos de segurança para minimizar a possibilidade de desastres ambientais e mitigar qualquer dano ambiental significativo que poderia ter ocorrido, mesmo quando isso aconteceu apesar das ações preventivas do Estado

8. A NOÇÃO DE DIREITOS PRESTACIONAIS NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal já apresentou seu entendimento sobre o conflito entre a reserva do possível e o dever de assistência aos direitos sociais a serem prestado pelo Estado, afirmando:

1652 CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. *Parecer consultivo sobre meio ambiente e direitos humanos*, Opinião Consultiva OC OC 23/2017, de 15 de novembro de 2017.

1653 CORTE INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. *Parecer consultivo sobre meio ambiente e direitos humanos*, Opinião Consultiva OC OC 23/2017, de 15 de novembro de 2017.

[...] A questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197). O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo poder público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público. A teoria da "restrição das restrições" (ou da "limitação das limitações"). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197). (STF, STA 223 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 14-4-2008, P, DJE de 9-4-2014).

Este posicionamento alberga a noção de mínimo existencial tratada pela doutrina, no sentido de que a expressão alcança o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa (BARROSO, 2015, p.14), conforme já visto acima.

De todo modo, o Supremo Tribunal Federal, como se vê, não avançou sobre o texto normativo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que importa dizer que ainda pende de definição, no plano interno, o pleno alcance das restrições orçamentárias a que faz referência o art. 26 do referido diploma internacional.

9. OS DIREITOS SOCIAIS E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Também o Superior Tribunal de Justiça entende ser possível a atuação direta do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais, somente podendo-se falar em limitação orçamentária no caso em que o próprio Poder Público consiga comprovar esta alegação, conforme se observa da seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REDE DE ESGOTO. VIOLAÇÃO AO ART. 45 DA LEI N. 11.445/2007. OCORRÊNCIA.

DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL.

- 1. Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul objetivando o cumprimento de obrigação de fazer consistente na instalação de rede de tratamento de esgoto, mediante prévio projeto técnico, e de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e à saúde pública.*
- 2. Caso em que o Poder Executivo local manifestou anteriormente o escopo de regularizar o sistema de encanamento da cidade. A câmara municipal, entretanto, rejeitou a proposta.*
- 3. O juízo de primeiro grau, cujo entendimento foi confirmado pelo Tribunal de origem, deu parcial procedência à ação civil pública - limitando a condenação à canalização em poucos pontos da cidade e limpeza dos esgotos a céu aberto. A medida é insuficiente e paliativa, poluindo o meio ambiente.*

4. *O recorrente defende que é necessária elaboração de projeto técnico de encanamento de esgotos que abarque outras áreas carentes da cidade.*
5. *O acórdão recorrido deu interpretação equivocada ao art. 45 da Lei n. 11.445/2007. No caso descrito, não pode haver discricionariedade do Poder Público na implementação das obras de saneamento básico. A não observância de tal política pública fere aos princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado.*
6. *Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexecutabilidade dos pedidos da ação civil pública.*
7. *Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível. Só não prevaleceria, ressalta-se, no caso de o ente público provar a absoluta inexecutabilidade do direito social pleiteado por insuficiência de caixa - o que não se verifica nos autos.*

Recurso especial provido.

(REsp 1366331/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014).

No mesmo sentido, também a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em caso sobre fornecimento de medicamentos para a tutela da saúde, entende que a tutela da saúde, por estar inserida no conceito de mínimo existencial do cidadão, não pode depender, para sua concretização, da boa vontade do Administrador, de modo que cabe ao Judiciário intervir em prol da efetivação dos direitos fundamentais, podendo até mesmo bloquear verbas públicas para a efetivação da decisão, conforme se verifica na seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPOSSIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO. MULTA DIÁRIA.

DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL.

1. *A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.*
2. *Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes.*
3. *Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política*

pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

4. *In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra a União, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).*
5. *Está devidamente comprovada a necessidade emergencial do uso do medicamento sob enfoque. A utilização desse remédio pela autora terá duração até o final da sua gestação, por se tratar de substância mais segura para o bebê.*
6. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa diária para o descumprimento de determinação judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde.*
7. *Recurso Especial não provido.*

(REsp 1488639/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 16/12/2014).

Na esteira do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça tampouco se aprofundou sobre o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que importa dizer que ainda se exige uma definição interpretativa, no plano interno, sobre o pleno alcance, materialmente, das restrições orçamentárias tratadas pelo art. 26 do referido diploma internacional – a questão, como visto acima, se resolveu apenas processualmente, com base no ônus da prova, não tendo sido enfrentada no plano material.

10. ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE DECISÕES DAS CORTES INTERNAS E DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em uma análise comparativa quanto aos julgados colacionados neste estudo, pode-se perceber que existe uma diferença marcante entre a jurisprudência interna e aquela verificada na Corte Interamericana de Direitos Humanos, consistente no grau de ingerência jurisdicional na efetivação dos direitos sociais: o sistema internacional se afigura menos invasivo, em uma verdadeira deferência aos poderes executivo e legislativo dos Estados-Partes; a seu turno, o sistema jurisdicional nacional, verificado na jurisprudência das cortes superiores brasileiras, parece ser mais efetivo quanto à concretização imediata dos direitos fundamentais, ou direitos humanos, elencados em favor dos cidadãos.

Os motivos que levam a esta distinta linha de atuação são notados em todo o mundo, conforme aborda, por exemplo, a doutrina portuguesa de Canotilho, que in-

daga sobre o sentido extremamente vago dos direitos sociais – naquilo que denomina de “fuzzismo” ou “metodologia fuzzy” (CANOTILHO, 2008).

Com efeito, os mesmos doutrinadores, conforme alertou-se anteriormente, apontam que, quanto à concretização dos direitos sociais, cabe investigar “se, e em que medida, as ações com o propósito de satisfazer tais pretensões podem ser juridicizadas, isto é, se, e em que medida, tais ações deixam-se vincular juridicamente” (MENDES; BRANCO. 2015, p. 638).

Essas indagações recebem respostas distintas no âmbito interno e no âmbito internacional de proteção de direitos humanos, conforme se verifica na jurisprudência colhida neste estudo.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, no Brasil, têm permitido uma atuação jurisdicional efetiva, a concretizar, diretamente pela via jurisdicional, a tutela de direito prestacional pugnada pela parte – eventualmente até mesmo de forma imediata, e não gradual.

Admite-se, como se viu, até mesmo, a ingerência direta nos cofres públicos, com o bloqueio de verbas públicas e sua destinação ao cidadão que requeira a tutela judicial.

Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a seu turno, tem posição distinta. Conforme se viu no Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile, a corte se limitou a verificar casos de atendimento básico ou de urgência, e determinou que o Estado-Parte, no caso, promovesse políticas públicas com o objetivo de melhorar a prestação de serviços em seu território.

A Corte Interamericana, neste ponto, se curva à lição de Canotilho, no sentido de que os direitos sociais são implementados de forma gradual, e não de forma “directa e já”, mas, sim, por meios de políticas públicas (CANOTILHO, 2008), de modo que a Corte sinaliza ser papel da jurisdição a indução da implementação das políticas públicas como um todo, e não de forma individualizada para as partes que recorrem ao juízo.

A rigor, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso específico sobre a tutela do direito à saúde, não determinou a imediata disponibilidade, pela via judicial, de direitos sociais pleiteados pelas partes em juízo – e, sim, entendeu que estas obrigações, em primeiro lugar, estão ligadas ao dever de regular permanente a prestação de serviços, públicos ou privados, de saúde; em segundo lugar, a Corte referiu-se também a uma série de elementos essenciais e inter-relacionados, que devem ser preenchidos em questões de saúde, sendo eles: disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, mas sempre com um caráter certamente abstrato, e privilegiando a atuação dos poderes executivo e legislativo do Estado-Parte.

Verifica-se, portanto, uma efetiva distinção entre a abordagem jurisprudencial interna e internacional sobre o tema da efetivação de direitos sociais, sendo que as cortes

nacionais, em regra, não têm estabelecido sua argumentação levando em conta o art. 26 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se debruçou sobre o art. 26 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, que impõe aos Estados Partes o dever de progressivamente concretizarem os direitos sociais, econômicos e culturais previstos no âmbito supranacional, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Verificou-se tratar de hipótese de uma tutela gradual dos direitos econômicos, sociais e culturais, que deve observar as limitações orçamentárias, e que se destina aos três poderes que compõem o Estado.

O presente trabalho analisou, do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, o texto normativo em questão.

Verificou-se que a doutrina aponta que o desenvolvimento dos direitos sociais se efetiva de forma paulatina, conforme a lição de José Joaquim Gomes Canotilho, devendo-se ter em conta a noção do mínimo existencial, nos termos da obra de Luís Roberto Barroso.

Ademais, as lições econômicas de Douglass North, e de Daron Acemoglu e James Robinson, demonstram que o desenvolvimento das instituições também guarda relação umbilical com o desenvolvimento dos direitos humanos, aí incluídos os sociais, dos povos.

Com efeito, o desenvolvimento, com base na concepção de Amartya Sen, se vincula ao exercício das liberdades individuais, sendo certo, então, a noção de que a garantia do mínimo existencial se afigura como peça essencial no tabuleiro das necessidades básicas para o exercício das tais liberdades – aí verificando-se a correlação transdisciplinar entre a noção econômica e a noção jurídica da concretização dos direitos sociais, ainda que de forma progressiva.

O trabalho também examinou os limites à efetivação de direitos prestacionais, seja por parte do parlamento, seja também por parte dos órgãos jurisdicionais locais – já que a própria convenção não se limita à via legislativa quando determina a implementação progressiva dos direitos que exigem do Estado, para sua concretização, uma prestação material.

Com o intuito de verificar a aplicação da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, foram selecionados e examinados alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça.

Verificou-se, então, a distinção no tratamento da concretização dos direitos sociais por parte das cortes nacionais, em comparação com a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos – sendo que a jurisprudência nacional tem avançado de forma mais contundente na concretização de direitos humanos de forma direta e imediata pela via judicial, mesmo tratando-se de processo subjetivo individual.

Por fim, pode-se destacar que, apesar de prevalecer a tese de que a Convenção Americana dos Direitos Humanos possui caráter de suprallegalidade, não se pode negar que o ser artigo 26 tem tido pouca atenção na hermenêutica a respeito da concretização de direitos sociais, devendo merecer maior atenção por parte da comunidade jurídica brasileira.

Assim, o debate nacional sobre a concretização judicial de direitos sociais que exigem uma prestação material do Estado merece ganhar um enfoque também sob a ótica da normatividade da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

Com essas breves considerações, que não pretendem exaurir o tema, espera-se poder contribuir para os debates relativos ao tema, especialmente dando a relevância necessária à Convenção Americana dos Direitos Humanos.

BIBLIOGRAFIA

- ACEMOGLU, Daron e ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- AQUINO, Bruna Pereira; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Os diálogos institucionais como ferramenta de garantia do equilíbrio entre os poderes estatais: o risco de uma postura ativista do Supremo Tribunal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 107/2018 | p. 35 - 59 | Maio - Jun / 2018. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BATISTA JÚNIOR, O. A. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm>
- Acesso em: 28 nov. 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. O ativismo judicial e a ingerência do Poder Judiciário na escolha de políticas públicas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 101/2017 | p. 57 - 81 | Maio - Jun / 2017. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- FÉRES, Marcelo Andrade et CHAVES, Natália Cristiana. *Sistema Anticorrupção e Empresa*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico*. 9. ed. rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. FORTINI, Cristiana (Coord.). *Corrupção de Seus Múltiplos Enfoques Jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

- FORTINI, Cristiana; LACERDA, B. A. O Direito Administrativo e a fundamentalidade da pessoa. *Fórum Administrativo*, v. 10, p. 19-28, 2010.
- FRAZÃO, Ana. Prefácio. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CHAVES, Natália Cristina (Coord.). *Sistema Anticorrupção e Empresa*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.
- LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *A Análise Econômica do Direito como método e disciplina*. E-civitas: Belo Horizonte, v. 1, p. 004, 2009.
- LARA, Fabiano Teodoro de Rezende; GONTIJO, Guilherme Dias. Princípio da Eficiência: forjando uma Administração Pública pragmática? In: Roberto Correia da Silva Gomes Caldas; Joana Stelzer; Liane Francisca Hüning Birnfeld. (Org.). *Direito e administração pública I*. Florianópolis: Conpedi, 2014.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.
- LUZ, Reinaldo Diogo; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. Análise do programa de leniência da Lei Anticorrupção brasileira: características e efetividade. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 119-143.
- MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle. ROMBOLI, Roberto. *Giustizia Costituzionale*. 5ª Edição. Torino: G. Giappichelli Editore. 2016.
- MENDES, Daniela Nicoli. *Instituições de Independência das Agências Reguladoras de Serviços Públicos e o Desenvolvimento*. Dissertação apresentada no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. 2019. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/1843/DIRS-BCDGRD>>. Acesso em: 24-09-2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.
- NORTH, Douglass. Institutions. *Journal of Economic Perspectives* — Volume 5, Number 1. 1991 — p. 97–112.
- ONU (Organizações das Nações Unidas). *17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em 24-09-2019.
- PANIZZA, Saulle. *Diccionario Breve de La Constitución Italiana*. 1 ed. Viareggio (LU): La Vela. 2018.
- ROMBOLI, Roberto. *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*. Roma: Roma Tre Press, 2016. Disponível em: <http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/SMC/article/download/301/298>. Acesso em: 28/04/2018.
- ROVAGNATI, Andrea. *La pretesa di ricevere prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale repubblicano*. Gruppo di Pisa: 2012. Disponível em: https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Andrea_Rovagnati_-_La_pretesa_di_ricevere_prestazioni_sanitarie_nell_ordinamento_costituzionale_repubblicano.pdf. Acesso em: 28/11/2019
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Bologna: Il Mulino. 2008.

A PROTEÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA A PARTIR DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Augusto César Leite de Resende

RESUMO: O direito internacional, diante da necessidade de mudanças de paradigmas e de percepção na relação do homem com a natureza, impôs à República Federativa do Brasil, através da Convenção da Diversidade Biológica e da Convenção Americana, a proteção e a promoção da biodiversidade do planeta. Por essa razão, o presente artigo científico tem por objetivo analisar, a partir de uma pesquisa dedutiva, doutrinária e legislativa, a proteção da biodiversidade por meio do controle de convencionalidade. O tema do artigo é pouco pesquisado, sobretudo na doutrina brasileira, original e importante porque a concepção de direito na contemporaneidade revela que o diálogo entre o direito interno e o direito internacional é inevitável e pode ser valioso instrumento de proteção da biodiversidade em tempos de crise ecológica global.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção da Diversidade Biológica. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Diálogo entre ordens jurídicas. Controle de convencionalidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Crise ecológica; 3. O processo de internacionalização da proteção da biodiversidade; 4. A interação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno brasileiro; 5. O controle de convencionalidade das leis nacionais em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da Convenção da Diversidade Biológica; 6. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho científico se inspirou no fato de que o atual ritmo de produção e consumo está esgotando as reservas naturais e colocando em xeque a existência da vida no planeta, de modo que urge solucionar a contradição existente entre crescimento econômico e preservação do meio ambiente, razão pela qual são necessárias a proteção e a promoção a biodiversidade, a utilização sustentável dos recursos naturais e o reconhecimento de uma visão holística do mundo, no sentido de que seres humanos e a natureza estão interligados e são interdependentes.

A tomada de consciência da crise ecológica da modernidade ensejou uma mudança de percepção da relação do homem com a natureza, inicialmente na comunidade acadêmica, mas posteriormente na sociedade civil e, dentro desse contexto, o direito internacional impôs, através da Convenção da Diversidade Biológica e da Convenção Americana, a proteção e a promoção da biodiversidade aos Estados signatários, dentre os quais o Brasil.

Desse modo, surge a possibilidade de estabelecimento de um diálogo cooperativo, caracterizada pelo entrelaçamento entre o ordenamento jurídico interno e a ordem

jurídica internacional, a permitir a sedimentação de uma relação construtiva de aprendizado, intercâmbio e aperfeiçoamento recíprocos, que garanta a promoção e a proteção da diversidade biológica.

1. As ordens jurídicas interna e internacional devem estabelecer uma cooperação na defesa da biodiversidade, num exercício jurisdicional coletivo de promoção da dignidade humana e do meio ambiente, consubstanciado num diálogo caracterizado pelo chamado “controle de convencionalidade”, na sua forma difusa e concentrada. Nesse toar, o presente artigo científico tem por objetivo precípuo analisar, através de uma pesquisa doutrinária e legislativa, a proteção da biodiversidade por meio do controle de convencionalidade.

2. Para tanto, discutir-se-á a crise ecológica da contemporaneidade. Posteriormente, tratar-se-á da internacionalização da proteção do meio ambiente. Em seguida, analisar-se-ão a internalização e a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. Finalmente, refletir-se-á sobre o instituto do controle de convencionalidade à luz da Convenção da Diversidade Biológica e do art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica.

2. CRISE ECOLÓGICA

Os seres humanos extraem, desde os tempos primevos, recursos da natureza para satisfazer suas necessidades, gerando assim efeitos negativos no meio ambiente que inicialmente eram totalmente absorvidos pelo ecossistema, já que havia uma pequena quantidade de pessoas no planeta e as sociedades primitivas eram baseadas na agricultura de subsistência.

A modernidade, que Anthony Giddens (1991, p. 11) conceitua como o “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”, substituiu as sociedades primitivas pela sociedade moderna, donde o capitalismo e a industrialização são duas de suas dimensões (GIDDENS, 1991).

A sociedade moderna se caracteriza por ser um grupo social em estágio avançado de desenvolvimento industrial, com grande circulação e consumo de bens e serviços oferecidos graças a uma produção intensiva, pois o homem contemporâneo tem uma necessidade ilimitada de adquirir e usar inúmeros bens e serviços (FAJARDO, 2010).

Na sociedade de consumo, os produtos não são fabricados em função do seu respectivo valor de uso ou da sua utilidade, mas antes em função de seu perecimento calculado, da sua morte (BOUDRILLARD, 2011), ou seja, os bens e serviços inseridos no mercado de consumo têm vida curta e sua morte é programada. É a chamada “obsolescência programa”, estratégia utilizada pelas empresas para aumentar seus lucros,

prática esta consistente em reduzir o tempo de vida útil dos seus produtos e serviços, a fim de obrigar os consumidores a comprá-los reiteradamente, induzindo, portanto, o consumo (EFING; PAIVA, 2016).

Aduz Zygmunt Bauman (2008, p. 128) que “os mercados de consumo se concentram na desvalorização imediata de suas antigas ofertas, a fim de limpar a área da demanda pública para que novas ofertas a preencham”. Assim, por meio da inserção no mercado de novos bens e serviços, produzem carências e desejos nas pessoas, pois os indivíduos passam a ser julgados por aquilo que consomem, vestem ou calçam, pelos locais que frequentam, pelos bens materiais que possuem e mostram aos outros membros da sociedade.

Os indivíduos são incentivados a consumirem desnecessariamente e, neste caso, a “publicidade realiza o prodígio de um orçamento considerável gasto com o único fim, não de acrescentar, mas de *tirar o valor* de uso dos objectos, de diminuir o seu valor/tempo, sujeitando-se ao valor/moda e à renovação acelerada” (BOUDRILLARD, 2011, p. 45), induzindo as pessoas, assim, a adquirir novos produtos.

Segundo Fátima Portilho (2010, p. 21-22),

A Sociedade de Consumo não tem sido eficiente em prover, mesmo para os incluídos, uma vida boa e digna. A felicidade e a quantidade de vida têm sido cada vez mais associadas, reduzidas e dependentes da quantidade de consumo, provocando um ciclo de supertrabalho para manter um superconsumo ostentatório, que reduz o tempo dedicado ao lazer e às demais atividades e relações sociais. [...] o cidadão é reduzido à esfera do consumo, sendo cobrado por uma espécie de “obrigação moral e cívica de consumir”.

O processo de desenvolvimento econômico e o avanço industrial, em especial após a segunda metade do século XX, “criaram um mundo num sentido mais negativo e ameaçador, um mundo no qual há mudanças ecológicas reais ou potenciais de um tipo daninho que afeta a todos no planeta” (GIDDENS, 1991, p. 71).

O consumo é uma necessidade vital do ser humano, pois consumimos para viver, ou seja, “é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos” (BAUMAN, 2008, p. 37).

Por outro lado, o consumismo, conceituado como a “expansão de um conjunto de valores hedonistas que estimula o indivíduo, ou a sociedade, a buscar satisfação e felicidade através da aquisição e exibição pública de uma grande quantidade de bens e serviços” (PORTILHO, 2010, p. 25), é um dos principais problemas da sociedade moderna porque os atuais padrões de consumo e estilos de vida estão nas bases da crise ambiental da atualidade.

Segundo Fritjof Capra (2005, p. 157) “a busca de um crescimento econômico contínuo e indiferenciado é claramente insustentável, pois a expansão ilimitada num

planeta finito só pode levar à catástrofe”. Enfim, as nossas atividades econômicas, estilos de vida e hábitos de consumo estão destruindo a biodiversidade e o planeta a um ponto quase irreversível, razão pela qual devemos reduzir ao máximo o impacto de nossas atividades no meio ambiente.

A relação do homem com a natureza é denominada por Marx de metabolismo. Tal interação se dá através do trabalho e o trabalho real, por sua vez, é a apropriação da natureza para a satisfação das necessidades humanas, a atividade através do qual o metabolismo entre o homem e a natureza é mediado (FOSTER, 2005). O ser humano passou da submissão à natureza para a dominação da natureza, exigindo-se atualmente uma relação harmônica entre o ser humano e o meio ambiente.

Aliás, Karl Marx já demonstrava no século XIX preocupação com a mudança de postura do homem com a natureza, quando no volume 1 do *Capital* desenvolveu uma crítica da exploração capitalista do solo, ao ressaltar que a agricultura capitalista de larga escala perturbava a relação metabólica entre o homem e a terra, afetando demasiadamente a fertilidade do solo e, conseqüentemente, o ser humano (FOSTER, 2005).

Ademais, a crise ecológica vem das bases de nossa percepção porque com a modernidade os homens passaram a não mais enxergar a natureza como um ser vivo, além de não enxergarem também que são inseparáveis dela e da Terra (HARDING, 2008). Deve-se superar a ideia mecanicista-cartesiana de que a compreensão do comportamento do todo deveria partir das propriedades de suas partes, a partir de uma visão sistêmica em que as propriedades essenciais de um organismo são propriedades do todo e que somente podem ser entendidas dentro do contexto do todo mais amplo (CAPRA 2006).

Como ensina Edgar Morin (2013, p. 104), “as vias para se responder à ameaça ecológica não são apenas técnicas; elas necessitam, prioritariamente, de uma reforma do nosso modo de pensar para englobar a relação entre humanidade e a natureza em sua complexidade”. Por isso, deve-se reconhecer que “somos filhos da Terra, filhos da Vida, filhos do Cosmo” (MORIN, 2013, p. 104) e que o “pequeno planeta perdido denominado Terra é o nosso lar – *home*, *Heimat*; que ele é nossa mátria, nossa Terra-Pátria” (MORIN, 2013, p. 104), ou seja, “devemos nos sentir solidários com este planeta, cuja vida condiciona a nossa” (MORIN, 2013, p. 104). Enfim:

Precisamos sentir que cada passo nosso é dado não *sobre* a Terra, mas *nela*; que caminhamos, falamos e vivemos toda a nossa vida dentro de um grande ser planetário que está continuamente nos alimentando fisicamente com seu prodigioso manto de verde e sua exuberante atmosfera em torvelinho, um ser que acalma nossa psique com sua linguagem sutil de vento e chuva, com a investida de pássaros selvagens e com a majestade de suas montanhas. [...] Precisamos desenvolver uma consciência de que Gaia realmente está viva, não em algum sentido metafórico, mas de fato, efe-

tivamente, palpavelmente, possibilitando que você reconheça na alegria do sol nos grandes desfolhados das árvores de inverno não apenas a sua própria alegria, a alegria do cosmos inteiro festejando, com puro assombro, que tamanha beleza pudesse ter se desdobrado dele, como folha nova britando na primavera para a plenitude do ser. Deixe Gaia levá-lo – se permita ser de novo, mas uma vez, *ganho por Gaia* (HARDING, 2008, p. 280-281).

Tem-se a necessidade de mudanças de paradigmas e de percepção, isto é, da forma de pensar e dos nossos valores, a fim de se reconhecer uma visão holística do mundo, no sentido de que seres humanos e a natureza estão interligados e são interdependentes (CAPRA, 2006). A interdependência e a interconexão entre ser humanos e natureza é flagrante porque não há possibilidade de se separar o homem da natureza, pelo simples fato de que é a natureza quem fornece a vida aos seres humanos.

Sendo assim, é mister a compatibilização do desenvolvimento com a proteção da natureza, mediante a promoção do desenvolvimento sustentável, como instrumento de garantia não somente da vida biológica, mas da vida com dignidade e qualidade para as presentes e futuras gerações (DALY, 2005).

O sentido de desenvolvimento vai além do conceito de desenvolvimento puramente econômico, visto que pressupõe uma aproximação centrada nos direitos humanos, donde se dever ter sempre em mente a paz, a economia, o meio ambiente, a justiça e a democracia (RISTER, 2007). Logo, a concepção de desenvolvimento deve estar intimamente jungida à concretização da dignidade da pessoa humana e à defesa do meio ambiente, de forma que o desenvolvimento deve ser perseguido sem provocar danos ao meio ambiente ou, ao menos, com o mínimo de impactos negativos na natureza, promovendo, assim, o desenvolvimento sustentável.

A expressão “desenvolvimento sustentável” foi publicamente utilizada pela primeira vez em 1979 no Simpósio das Nações Unidas sobre as Inter-relações entre Recursos, Ambiente e Desenvolvimento. Contudo, é o Relatório *Brundtland*, denominado “Nosso Futuro Comum”, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1987, que apresenta uma das definições mais conhecidas sobre desenvolvimento sustentável.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), realizada na cidade do Rio de Janeiro em junho de 1992, valorizou o direito ao desenvolvimento em harmonia com a proteção do meio ambiente. De fato, o Princípio 4 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento estabelece que “a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste” e, em seu Princípio 25, ressalta que o desenvolvimento e a proteção ambiental são interdependentes e indivisíveis. Desse modo, não se pode falar em desenvolvimento que não seja sustentável.

Verifica-se, assim, que o desenvolvimento sustentável procura conciliar o progresso econômico com o meio ambiente, de modo que as atividades humanas, em especial as de produção e consumo, sejam executadas dentro da capacidade de resiliência da natureza, objetivando garantir a perenidade dos recursos naturais e evitar que a fruição do necessário à satisfação das necessidades da presente geração impeça as futuras gerações de terem as suas próprias necessidades satisfeitas em decorrência da degradação ambiental.

O conceito de desenvolvimento sustentável é, apesar de largamente indeterminado, tridimensional. Segundo Ignacy Sachs (2007) o desenvolvimento sustentável se fundamenta sobre três pilares ou dimensões, quais sejam, o social, o econômico e ambiental:

[...] trabalho atualmente com a ideia do desenvolvimento socialmente incluyente, ambientalmente sustentável e economicamente sustentado. Ou seja, um tripé formado por três dimensões básicas da sociedade. Aprofundemos um pouco esses conceitos. Por que socialmente incluyente? Porque os objetivos do desenvolvimento são sempre éticos e sociais. É disso que se trata. Como promover o progresso social? Com base num postulado ético de solidariedade com a nossa geração, uma solidariedade sincrônica com a nossa geração. E temos que fazê-lo respeitando as condicionalidades ecológicas, as condicionalidades ambientais, a partir de um outro conceito ético: o conceito ético da solidariedade diacrônica com as gerações futuras. Por outro lado, para que as coisas aconteçam, é preciso que sejam economicamente viáveis. A viabilidade econômica é uma condição necessária, porém certamente não suficiente para o desenvolvimento. O econômico não é um objetivo em si, é apenas o instrumental com o qual avançar a caminho do desenvolvimento incluyente e sustentável (SACHS, 2007, p. 22-23).

A Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável (RIO +20), realizada na cidade do Rio de Janeiro em junho de 2012, reconheceu que são imprescindíveis a integração e a realização dos pilares econômico, social e ambiental para a concretização do desenvolvimento sustentável. Com efeito, o item 3 do documento final denominado “O Futuro que Queremos”, aprovado pela Resolução N.º 66/288 da Assembleia Geral da Nações Unidas, afirma que “*es necesario incorporar aún más el desarrollo sostenible en todos los niveles, integrando sus aspectos económicos, sociales y ambientales y reconociendo los vínculos que existen entre ellos, con el fin de lograr el desarrollo sostenible en todas sus dimensiones*”.

A concepção de desenvolvimento necessita se compatibilizar com a concretização da dignidade da pessoa humana e à defesa do meio ambiente, de forma que o desenvolvimento deve ser perseguido sem provocar danos ao meio ambiente ou, ao menos, com o mínimo de impactos negativos na natureza, promovendo, assim, o que se convencionou denominar de desenvolvimento sustentável.

3. O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o fim do nazismo, tem-se a emergência do processo de valorização da dignidade da pessoa humana e, por via de consequência, a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional (PIOVESAN, 2015), cujas expressões máximas foram a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A visão inicial do direito internacional era totalmente antropocêntrica porque não havia qualquer preocupação com a proteção do meio ambiente. Após a Segunda Guerra Mundial, porém, a globalização, o desenvolvimento econômico e o avanço tecnológico intensificaram o processo de degradação da biosfera de forma irresistível, colocando em risco o equilíbrio ecológico e, com isso, a existência da humanidade e da vida no planeta (MORIN, 2013).

A internacionalização da proteção da natureza pode ser dividida em três fases: a) uma fase anterior à Conferência sobre Meio Ambiente Humano de 1972, marcada pelo surgimento dos diversos movimentos preservacionistas e a conscientização global do problema ambiental; b) uma segunda fase que compreende o período entre a Conferência de Estocolmo de 1972 e a Conferência do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, caracterizada pela preocupação setorial e fracionada do meio ambiente, com tratados específicos de proteção do mar, flora, fauna e ar; c) uma terceira fase, cujo marco temporal é a Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento aos dias atuais, marcada pela proteção transectorial do meio ambiente, ou seja, da biodiversidade, e novas modalidades de governança ambiental (FONSECA, 2017).

Até os anos 1960, prevaleceu o antropocentrismo, em que o meio ambiente é protegido com o objetivo precípua de assegurar o bem-estar do homem, num sentido utilitarista de que a natureza pode ser subjugada em favor dos interesses humanos (CHALFUN, 2010). Em 1962, Rachel Carson chamou a atenção do mundo para uma série de problemas ambientais decorrentes dos avanços tecnológicos e industriais empreendidos pelo homem após a Segunda Guerra Mundial. Em sua obra *Silent Spring*, relatou os efeitos nocivos ao meio ambiente e à saúde humana em virtude do uso crescente e indiscriminado de inseticidas e herbicidas, em especial o Dicloro-Difenil-Tricloroetano, conhecido como DDT, provocando comoção e indignação nos Estados Unidos da América e no resto do mundo (SAMPAIO, 2012).

Com isso, houve uma discussão mundial mais ampla sobre o problema do crescimento econômico ilimitado inerente ao capitalismo, cujo ponto máximo ou divisor de águas foi a Conferência de Estocolmo de 1972 sobre o meio ambiente. A Declaração de

Estocolmo serve de paradigma e referencial ético à sociedade internacional, no que se refere à proteção internacional do meio ambiente como direito humano (SCHMIDT, 2010). A propósito o Princípio 1 da Declaração de Estocolmo de 1972 afirma:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

A referida Declaração influenciou o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano entre os direitos sociais do homem por diversas Constituições nacionais, tratados internacionais de direitos humanos, dentre os quais a Convenção sobre Diversidade Biológica, e instrumentos de *soft law* (BOSELNANN, 2010).

O regime de proteção internacional do meio ambiente tem, assim, a sua origem não no direito dos tratados, mas em conferências internacionais e em documentos de *soft law*, uma vez que a questão ambiental não estava na pauta dos interesses econômicos e políticos dos Estados, mas era sim objeto das preocupações científicas com o futuro da humanidade (BOSELNANN, 2010).

No início dos anos 1990 a preocupação da comunidade internacional se volta para a preservação da natureza em seu conjunto e não mais unicamente das partes isoladas do meio ambiente porque “as vias para se responder à ameaça ecológica não são apenas técnicas; elas necessitam, prioritariamente, de uma reforma do nosso modo de pensar para englobar a relação entre humanidade e a natureza em sua complexidade” (MORIN, 2013, p. 104).

O direito internacional, diante da necessidade de mudanças de paradigmas e de percepção da relação do homem com a natureza, isto é, na forma de pensar os valores humanos, impôs, através da Convenção da Diversidade Biológica - CDB, a proteção e a promoção da variedade de vida na Terra, consagrando na ordem jurídica mundial uma visão holística do mundo, no sentido de que os seres humanos e os demais elementos da natureza estão interligados e são interdependentes (RESENDE, 2016, p. 48-49).

A Convenção da Biodiversidade tem, nos termos de seu art. 1º, como objetivos preceituados a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado (RESENDE, 2016).

E a diversidade biológica é definida pela própria Convenção, em seu artigo 2º, como a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre

outros, os ecossistemas terrestres, aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

Nessa esteira, Márcia Rodrigues Bertoldi e Karyna Batista Sposato (2012, p. 77) lecionam que a biodiversidade é “a vida sobre a terra”, de modo que o seu conceito compreende a diversidade de espécies da fauna, da flora e de micro-organismos, a diversidade de ecossistemas e a diversidade genética dentro de cada espécie.

Os seres vivos, humanos e não humanos, o ar, o solo e os recursos hídricos formam a própria natureza, que funciona num todo. As partes que a compõem são interdependentes e inter-relacionadas e a interferência em um componente de um ecossistema gera desequilíbrio para os demais, razão pela qual se impõe a preservação da integridade e equilíbrio do ecossistema (BECKERT, 2003).

Desse modo, a Convenção da Diversidade Biológica é importante instrumento jurídico, na medida em que obriga a preservação da biodiversidade para a evolução e manutenção dos sistemas necessários à vida no planeta, pois como adverte Christian Lévêque (1999, 15-16) a proteção da biodiversidade é indispensável para manter os processos do mundo vivo, já que ela promove a regulação dos equilíbrios físico-químicos da biosfera.

Os seres vivos são membros de comunidades ecológicas inter-relacionadas e interdependentes e portadores de igual consideração moral, de modo que se deve promover a preservação da vida e não a sua destruição. Assim, os valores morais são inerentes a todos os seres vivos porque os seres humanos e os não humanos são constitutivos de um todo só, a teia da vida (CAPRA, 2006). Ademais, o preâmbulo da Convenção da Diversidade Biológica reconhece expressamente que toda a vida tem um valor intrínseco, vale dizer, dignidade, independentemente da utilidade que tenha para os seres humanos (RESENDE, 2016).

O direito internacional, ao consagrar o valor intrínseco dos elementos não humanos da natureza, ainda que no preâmbulo da Convenção da Biodiversidade, reconhece que o ser humano não ocupa uma posição superior ou privilegiada em relação aos demais elementos da natureza (RESENDE, 2016).

O direito internacional abraça a ideia de dignidade da própria vida de um modo geral e assegura a preservação de todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa admitir que a proteção da vida em geral constitua exigência da dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012).

A dignidade da pessoa humana não é excludente porque não eleva o homem à condição de senhor superior da natureza, mas sim inclusiva, pois dela decorrem deveres fundamentais de respeito e consideração com as demais formas de vida na Terra. A propósito:

[...] a dignidade da pessoa humana [...] há de ser compreendida como um conceito inclusivo, no sentido de que a sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima das outras espécies, mas sim, aceitar que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações para com os outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção (SARLET, 2012, p. 44).

O valor intrínseco da diversidade biológica é princípio da comunidade internacional (RESENDE, 2016) com forte conteúdo axiológico, de modo que, enquanto valor fundamental da ordem jurídica internacional, condiciona a compreensão e a interpretação dos textos normativos (ARONNE, 2013), inclusive internos.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado de “Protocolo de San Salvador”, e, ainda que não expressamente, o art. 26 da Convenção Americana, alçaram o direito ao meio ambiente sadio à categoria de direito humano.

Com efeito, o artigo 11 do aludido Protocolo Adicional consagra o direito a um meio ambiente sadio, ao dispor que “toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos” e que “os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente”.

O referido direito humano está diretamente fulcrado no princípio da dignidade da pessoa humana porque essencial à sadia qualidade de vida e à própria existência humana. Não há que se falar em dignidade humana se não houver condições bióticas e abióticas favoráveis ao bem-estar, à saúde e à vida, isto é, que proporcionem ao homem uma sadia qualidade de vida.

O direito ao meio ambiente sadio está inserido no conceito de direito de terceira dimensão. Aliás, Norberto Bobbio (2004) afirma que o mais importante direito de terceira geração é o direito reivindicado pelos movimentos ecológicos, qual seja, o de viver num ambiente não poluído.

É importante ainda ressaltar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem decidido que os direitos sociais podem ser diretamente reivindicados perante aquele Tribunal Internacional porque protegidos pelo 26 da Convenção Americana, afirmando a sua competência para processar e julgar casos de violações de direitos humanos econômicos, sociais, culturais e ambientais, abrangidos pelo dispositivo convencional retro mencionado, reafirmando, contudo, a interdependência entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, eis que devem ser entendidos integralmente e de forma conglobada como direitos humanos¹⁶⁵⁴.

1654 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Poblete Vilches e outros c. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 08 de março de 2018. Série C, N. 350, § 100.

Nesse contexto, o direito ao meio ambiente sadio e, por consequência, a biodiversidade, é tutelado pelo Pacto de San José da Costa Rica, que, na qualidade de tratado internacional de direitos humanos e incorporado ao direito interno brasileiro, obriga a todos, inclusive aos parlamentares e juízes nacionais, exigindo-se, portanto, o cumprimento das obrigações convencionais por parte dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (CANÇADO TRINDADE, 1997), em especial o dever de compatibilizar a legislação interna atentatória à diversidade biológica aos *standards* de proteção da biodiversidade.

Os Estados signatários do Pacto de San José da Costa Rica são obrigados a promover as medidas administrativas, legislativas e jurisdicionais necessárias a assegurar o equilíbrio ecológico necessário para a sadia qualidade de vida, sob pena de responsabilização internacional.

A omissão estatal em garantir a plena efetividade do direito humano ao meio ambiente sadio e a proteção da diversidade ecológica caracterizará clara violação ao art., 26 do Pacto de San José da Costa Rica e o art. 11 do Protocolo de San Salvador e, por isso, pode ser objeto de controle e exame por parte das instituições integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Segundo o preâmbulo da Convenção Americana, a proteção internacional dos direitos humanos nas Américas é coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos, de modo que cabe ao Estado primeiramente promover e proteger, em seu âmbito interno, os direitos humanos e, caso o Estado não se desincumba satisfatoriamente deste ônus, caberá aos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos garantir o respeito aos direitos consagrados no Pacto de San José.

A destruição da biodiversidade e a violação do direito ao meio ambiente sadio exigem, primeiramente, a atuação eficiente do Poder Judiciário nacional. Os órgãos jurisdicionais domésticos têm o dever de conhecer, interpretar e aplicar a legislação interna à luz dos tratados internacionais de direitos humanos, na medida em que normas externas “[...] impõem aos Estados Partes o dever de assegurar às supostas vítimas recursos eficazes perante as instâncias nacionais contra violações de seus direitos” (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 426).

A ausência ou insuficiência de respostas às violações do direito ao meio ambiente sadio, no âmbito nacional, caracterizará ilícito internacional (PIOVESAN, 2013), ensejando, assim, a atuação subsidiária da jurisdição internacional. Embora a Corte Interamericana de Direitos Humanos não substitua os órgãos do Poder Judiciário dos Estados soberanos e nem atue como tribunal de cassação ou de recurso das decisões judiciais internas, verdade é que a inexistência ou a insuficiência da atuação dos órgãos jurisdicionais nacionais, no sentido de impedir ou reparar danos à biodiversidade e, conseqüentemente, ao direito ao meio ambiente sadio, podem configurar violação às obrigações constantes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e doPROTOCO-

lo de San Salvador, uma vez que os tribunais internos não são os intérpretes últimos de suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 1997).

Não incumbe à Corte Interamericana de Direitos Humanos decidir sobre a interpretação e a aplicação da legislação interna estatal por parte do Poder Judiciário, salvo se os tribunais internos violarem, por meio da interpretação e da aplicação do Direito nacional, dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou do Protocolo de San Salvador (CANÇADO TRINDADE, 1997).

Assim, a omissão estatal em preservar da diversidade ecológica brasileira e, portanto, de garantir aos indivíduos o direito ao meio ambiente sadio e, do mesmo modo, a inexistência ou a ineficiência do Poder Judiciário doméstico em assegurar o livre exercício do retro mencionado direito humano ensejarão, em tese, a responsabilidade internacional do Estado e, por consequência, a atuação subsidiária da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4. A INTERAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNO BRASILEIRO

No Estado liberal do século XIX, a lei era a fonte hegemônica do Direito e passou a ser o instrumento utilizado para aplicar e interpretar a Constituição, limitar o poder estatal e manifestar a vontade popular (MÖLLER, 2011), de maneira que o pensamento jurídico vigente até primeira metade do século XX, o positivismo jurídico, fundava-se na ideia da observância “cega” da lei, afastando do Direito a filosofia, os princípios, os valores e o sentido de Justiça (BARROSO, 2013).

Os valores morais vigentes numa comunidade política não podiam ser, segundo o positivismo jurídico, levados em consideração pelo direito e pela ciência jurídica, uma vez que o conceito de direito era definido de modo a não incluir elementos morais (ALEXY, 2009). O direito deveria ser examinado e compreendido de modo distinto dos demais campos científicos.

A negativa de abertura do sistema jurídico aos valores permitiu que o Estado produzisse um Direito marcado pela tirania e pelo descarte do ser humano (ARONNE; MORAES, 2012). Nesse cenário, tem-se a ascensão do fascismo ao poder, na Itália, e do nazismo, na Alemanha, que retiravam da “lei” o fundamento de validade das atrocidades praticadas contra negros, ciganos, homossexuais e, notadamente, judeus durante a Segunda Guerra Mundial.

As concepções da infalibilidade do legislador, da lei como fonte única do Direito e de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos promoveram o fracasso político do positivismo jurídico porque já não mais se aceitava, no pensamento jurídico

do pós-guerra, tais ideias (BARROSO, 2013). Por essa razão, o constitucionalismo mundial sofreu grandes e profundas transformações, após a Segunda Guerra Mundial, especialmente com a emergência do direito internacional dos direitos humanos, a partir das cláusulas de abertura do direito nacional aos tratados de direitos humanos previstas nas Constituições do segundo pós-guerra.

A proteção internacional dos direitos humanos está estruturada em dois tipos de sistemas de proteção, quais sejam, o global e os regionais. O sistema global foi institucionalizado pela Organização das Nações Unidas (ONU), cujos principais instrumentos normativos são a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIOVESAN, 2015).

Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos foram estruturados por organizações continentais, em especial a Organização dos Estados Americanos, o Conselho da Europa e a União Africana, ao longo da segunda metade do século XX. Os três principais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos são o interamericano, o europeu e o africano, apesar de haver, ainda que de forma incipiente, a formação de um sistema árabe-islâmico de proteção dos direitos humanos, todos com o propósito de promover a proteção e valorização dos direitos humanos na região (PIOVESAN, 2015).

Têm-se, portanto, o surgimento de ordens jurídicas internacionais e, com elas, a disseminação de documentos internacionais vocacionados à defesa dos direitos humanos, com força jurídica vinculante no âmbito do direito interno dos Estados, dentre as quais a Convenção da Diversidade Biológica.

A Constituição Federal estabeleceu, em seu artigo 5º, § 2º, cláusula de abertura do sistema jurídico brasileiro às ordens jurídicas internacionais, em matéria de direitos humanos, ao ressaltar que os direitos e garantias expressos na Carta Constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela ou por tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. A *Lex Maxima* possibilita, destarte, a inclusão no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos os direitos humanos positivados expressa ou implicitamente em convenções internacionais em que o Brasil seja signatário.

Os tratados internacionais de direitos humanos são, nos termos do disposto no art. 2º, § 1º, alínea “a”, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, típicas normas jurídicas cujas disposições são vinculativas e obrigatórias por parte dos Estados signatários (DONNELLY, 2013) e interagem e se relacionam com as normas jurídicas domésticas.

A hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos é tema de intenso debate doutrinário. Com a introdução do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, que tem a seguinte redação: “os tratados e convenções internacionais sobre

direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, o Supremo Tribunal Federal adotou, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário tombado sob número 466.343-SP, a tese do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos, ou seja, os tratados que não forem aprovados pelo rito estabelecido no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal têm natureza supralegal e os aprovados de acordo com o rito especial têm natureza constitucional (RAMOS, 2012).

Tradicionalmente, o ordenamento jurídico é um sistema escalonado de normas jurídicas em que há verdadeira hierarquia entre as normas que o compõem, na qual as normas de hierarquia inferior retiram seu fundamento de validade das normas superiores até se chegar à Constituição, que se encontra, segundo Hans Kelsen (2009), no ápice da pirâmide normativa.

Na perspectiva kelseniana, a norma de maior hierarquia é o fundamento de validade da norma inferior, de modo que a validade da norma inferior está condicionada à sua adequação à norma superior (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2014). É inegável que há uma relação de hierarquia normativa entre a Constituição e as demais espécies normativas. Por isso, as normas infraconstitucionais somente serão válidas se compatíveis com a Constituição (CANOTILHO, 2011).

Hodiernamente, a compreensão do sistema jurídico como uma pirâmide normativa escalonada com a Constituição no ápice do ordenamento jurídico deve dar lugar à uma concepção da ordem jurídica sem hierarquia normativa entre a Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice do ordenamento jurídico (PIOVESAN, 2012), eis que a Constituição da República atribui, *ex vi* do disposto em seu artigo 5º, § 2º, aos tratados internacionais de direitos humanos a natureza jurídica de norma constitucional (PIOVESAN, 2013). As normas internacionais definidoras de direitos humanos são normas materialmente constitucionais e integram o chamado bloco de constitucionalidade (PIOVESAN, 2013) e tais direitos são constitucionalmente protegidos. Logo, qual o sentido da inserção do § 3º ao artigo 5º da Constituição? Flávia Piovesan (2013, p. 134) responde ao questionamento lecionando que:

[...] por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.

Há, portanto, com o advento do artigo 5º, § 3º, duas categorias de tratados internacionais de direitos humanos, quais sejam: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Todas as convenções internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais em razão do disposto no artigo 5º, § 2º e

poderão ter também a qualidade de formalmente constitucionais se aprovados segundo o rito especial estabelecido pelo artigo 5º, § 3º da Constituição Federal.

A constitucionalização contemporânea do direito, fortemente influenciada pelo pós-positivismo, não se limita ao texto formal e expresso da Constituição, abrangendo princípios implícitos e os tratados internacionais de direitos humanos (SCHIER, 2015), que passam a ser elementos integrantes da Constituição material, conceituada por José Joaquim Gomes Canotilho (2011, p. 1.139) como:

[...] o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efectivo da unidade e permanência de um ordenamento jurídico (dimensão objectiva), e o conjunto de forças políticas e sociais (dimensão subjectiva) que exprimem esses fins ou valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da própria constituição escrita. Ao contrário do que muitas vezes se pensa e vê escrito, a constituição material não se reconduz a um simples “poder de facto” (“relações de poder e influência”, “facto político puro”), pois a constituição material tem também uma função ordenadora. A chamada força normativa de constituição (K. Hesse) pressupõe, a maior parte das vezes, a vontade de constituição, ou seja, a explicitação na constituição escrita ou formal do complexo de fins e valores agitados pelas constelações políticas e sociais a nível da constituição material.

A Constituição material é composta pelas normas relativas à estrutura do Estado, à organização dos poderes e aos direitos e garantias fundamentais (SARLET; MARI-
NONI; MITIDIERO, 2015) e permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não elencados no Título II da Carta Magna e aos direitos humanos positivados em tratados internacionais. Com efeito, a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios (MIRANDA, 2011) que vai além da Constituição formal, fruto do poder constituinte, de modo a permitir a recepção de princípios não escritos no texto constitucional.

A Carta Magna de 1988 reconhece expressamente, em seu art. 5º, § 2º, a existência de outras fontes do direito fora da própria Constituição (BARBOZA, 2014), o que possibilita a incorporação ao direito brasileiro de normas constitucionais não expressas no texto constitucional. A esse respeito Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2014, p 179) ensina:

No Brasil, é possível identificar a existência de uma Constituição invisível especialmente no que diz respeito aos princípios implícitos, aos princípios gerais do direito e aos direitos humanos e fundamentais, tendo em vista o que estabelece o art. 5º, § 2º, da Carta Constitucional.

A existência de normas constitucionais situadas fora do texto formal da Constituição, a abarcar os tratados de direitos humanos, traduz um Direito em que o diálogo entre o direito interno e o direito internacional é inevitável (SCHIER, 2015). A pluralidade de ordens jurídicas gera a coexistência de normas e decisões de diferentes

matrizes com ambição de regência no mesmo espaço social, o que resulta em influências recíprocas, diálogo cooperativo e, em alguns casos, divergências e contradições entre o ordenamento internacional e o nacional.

Apesar de os tratados internacionais de direitos humanos terem a natureza de normas constitucionais, eventual conflito entre a Constituição Federal e os referidos pactos internacionais não poderá ser solucionado pelo critério cronológico, da especialidade ou hierárquico, especialmente porque, neste último caso, os tratados de direitos humanos e o texto formal da Constituição estão no mesmo estrato normativo hierárquico.

O direito interno e o direito internacional dos direitos humanos têm por escopo comum a proteção do ser humano, de modo que a interação é sempre voltada em benefício aos seres humanos (CANÇADO TRINDADE, 1997). Os tratados internacionais de direitos humanos “fixam parâmetros protetivos mínimos, constituindo um piso mínimo de proteção e não um teto protetivo máximo” (PIOVESAN, 2014, p. 151).

A interação entre o direito interno brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos deve ser guiada e compreendida a partir de um diálogo vocacionado à proteção do ser humano, no sentido de que em caso de antinomia se deve adotar a legislação mais benéfica à pessoa humana (MAZZUOLI, 2010), ou seja, sob inspiração do *human rights approach* (PIOVESAN, 2014), prevalecendo-se a norma mais favorável e protetiva ao ser humano, seja ela de direito internacional ou de direito interno.

As normas jurídicas, internacionais e nacionais, devem ser compreendidas, interpretadas e aplicadas, com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, de modo a dar a máxima proteção ao ser humano. Assim, a solução de antinomias entre o direito interno, notadamente a Constituição Federal, e o direito internacional de direitos humanos deve ser norteadada pelo postulado do pró ser humano, adotando-se a norma mais favorável e protetiva ao indivíduo.

5. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS NACIONAIS EM FACE DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E DA CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA

O Pacto de San José da Costa Rica e a Convenção da Diversidade Biológica têm a natureza jurídica especial de tratado internacional de direitos humanos, na medida em que se destinam, não somente, mas também, à proteção do meio ambiente e da biodiversidade e, por consequência, do indivíduo, diferenciando-se, por isso, dos tratados internacionais tradicionais, que são celebrados em benefício recíproco dos Estados pactuantes (ALCALÁ, 2015), e seus preceitos são vinculativos e obrigatórios por parte dos Estados signatários (DONNELLY, 2013).

Na qualidade de tratado internacional de direitos humanos, as normas da Convenção da Biodiversidade e da Convenção Americana integram, ainda que estejam fora do texto constitucional escrito, a Constituição material e invisível da República Federativa do Brasil. Assim, os direitos consagrados nos aludidos instrumentos normativos compõem o catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos e devem ser tutelados no âmbito interno da jurisdição brasileira, inclusive mediante o chamado controle de convencionalidade, sob pena de responsabilidade internacional.

O escalonamento hierárquico do sistema jurídico é pressuposto do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade, uma vez que uma norma somente é juridicamente válida se foi editada conforme o devido processo legislativo e se não infringe uma norma de hierarquia superior (ALEXY, 2009). A compatibilidade das leis infraconstitucionais com a Constituição Federal não é suficiente para lhes garantir validade. É mister que a legislação ordinária nacional também seja compatível com os tratados internacionais de direitos humanos (MAZZUOLI, 2013). Caso a lei esteja em desconformidade com a Constituição ou com qualquer tratado de direitos humanos, ela será considerada inválida e deverá ser, portanto, retirada do ordenamento jurídico brasileiro.

Os tratados internacionais de direitos humanos têm hierarquia constitucional, ou seja, têm estrato normativo hierárquico superior à legislação infraconstitucional, de modo a possibilitar o controle de convencionalidade das leis no Brasil, que consiste na verificação da compatibilidade do direito interno aos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja signatário (MAZZUOLI, 2013).

Portanto, a Convenção da Diversidade Biológica e a Convenção Americana, na qualidade de tratado internacional de direitos humanos, servem de parâmetro de controle de validade da legislação brasileira e de vetor hermenêutico do direito interno.

O controle de convencionalidade é mecanismo vocacionado à proteção dos direitos humanos positivados em tratados internacionais (SAGÜES, 2010), de modo a exigir que o Brasil harmonize seu direito doméstico aos parâmetros protetivos mínimos constantes em tratados internacionais (MAZZUOLI, 2013), no caso às normas da Convenção da Diversidade Biológica e ao art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica.

O controle de convencionalidade pode ser difuso ou concentrado. O controle difuso de convencionalidade é exercido pelo juiz nacional que o exerce na esfera doméstica, mediante a verificação da compatibilidade dos atos legislativos com a Convenção da Diversidade Biológica e com o art. 26 da Convenção Americana. O controle concentrado de convencionalidade, por sua vez, é exercido pelo Supremo Tribunal Federal (MAZZUOLI, 2013) e, em outra esfera multinível, pelas Cortes Internacionais, que têm a última palavra sobre a interpretação e a aplicação do direito internacional (PIOVESAN, 2014).

O controle difuso permite a qualquer juiz ou tribunal realizar, no julgamento de uma demanda, a análise incidental da convencionalidade da legislação invocada pelas partes da ação judicial. O magistrado decidirá sobre eventual incompatibilidade da norma com tratados de direitos humanos em caráter *incidenter tantum*, para, então, julgar o mérito da ação. O controle por via de exceção é, portanto, questão prévia ao exame de mérito da demanda, tal como o controle difuso de constitucionalidade.

A inconvenção da norma doméstica deve ser verificada pelo juiz ou tribunal nacional *ex officio* (SAGÜES, 2010), isto é, independentemente de provocação das partes ou do Ministério Público. E a decisão judicial proferida em sede de controle difuso de convencionalidade produz efeitos *inter partes*, à semelhança do controle difuso de constitucionalidade, somente alcançado as partes do processo (MAZZUOLI, 2013).

A fiscalização abstrata de convencionalidade se exerce perante o Supremo Tribunal Federal por meio da ação direta de inconstitucionalidade (MAZZUOLI, 2013), a partir de uma ideia de constitucionalismo compensatório (RESENDE, 2019), através do qual o Pretório Excelso aferirá a compatibilidade da legislação infraconstitucional federal e estadual com a Convenção da Diversidade Biológica e com o art. 26 do Pacto de San José, que têm, reitere-se, *status* de norma de constitucional. A legislação municipal também se sujeita a duplo controle de validade, de modo que o controle concentrado de convencionalidade dos atos normativos municipais será exercido por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de convencionalidade têm eficácia *erga omnes* (SAGÜES, 2010), efeitos *ex tunc* e efeito vinculante em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Uma vez proferida a decisão e declarada a inconvenção de ato normativo brasileiro em face da Convenção da Biodiversidade, nenhum órgão estatal interno poderá orientar-se sem sentido contrário.

A declaração de inconvenção importa na invalidade do ato normativo assim reconhecida, carecendo, portanto, de eficácia jurídica. Nesse contexto, a incompatibilidade da legislação nacional com o art. 26 da Convenção Americana ou com a Convenção da Biodiversidade produz um dever judicial de não aplicação do preceito inconvenção aos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário (SAGÜES, 2010). A propósito:

En ese sentido, el resultado del examen de compatibilidad entre la norma nacional y el bloque de convencionalidad consiste en dejar sin efectos jurídicos aquellas interpretaciones inconvenientes o las que sean menos favorables; o bien, cuando no puede lograrse interpretación convencional alguna, la consecuencia consiste en dejar sin efectos jurídicos la norma nacional, ya sea en el caso particular o con efectos generales realizando la

declaración de invalidez de conformidad con las atribuciones del juez que realice dicho control -que en el caso del juez de control, únicamente podrá disponer la no aplicación de la norma inconventional al caso concreto que está conociendo (ENAVENTE CHORRES, 2012, p. 171).

Trata-se de obrigação jurídica do Poder Judiciário nacional realizar, num primeiro momento, o controle de convencionalidade (HITTERS, 2009), isto é, verificar a compatibilidade de qualquer ato normativo interno (SAGÜES, 2010) com a Convenção da Diversidade Biológica e com o direito ao meio ambiente sadio positivado no art. 26 da Convenção Americana, que integram o bloco de convencionalidade, servindo de parâmetro para análise da compatibilidade das normas nacionais às garantias de promoção e de proteção da biodiversidade e de utilização sustentável dos recursos naturais positivadas no referido tratado internacional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico teve por objetivo central analisar, através de uma pesquisa dedutiva, doutrinária e legislativa, a proteção da biodiversidade por meio do controle de convencionalidade, mediante um profícuo diálogo entre a ordem jurídica brasileira e o direito internacional dos direitos humanos, especificamente a Convenção da Diversidade Biológica e o art. 26 da Convenção Americana.

As atividades econômicas, estilos de vida e hábitos de consumo estão destruindo a biodiversidade e o planeta a um ponto quase irreversível, razão pela qual se deve reduzir ao máximo o impacto das atividades humanas no meio ambiente, mediante a promoção do desenvolvimento sustentável e o reconhecimento de uma visão holística do mundo, no sentido de que seres humanos e a natureza estão interligados e são interdependentes.

O direito internacional, diante da necessidade de mudanças de paradigmas e de percepção, isto é, na forma de pensar os valores humanos, impôs, através da Convenção da Diversidade Biológica - CDB, a proteção e a promoção da variedade de vida na Terra. A referida Convenção, bem como o Pacto de San José da Costa Rica têm a natureza jurídica de tratado internacional de direitos humanos, seus preceitos são vinculativos e obrigatórios e foram incorporadas ao direito nacional como norma constitucional. Por tais razões, a Convenção da Diversidade Biológica e o art. 26 da Convenção Americana servem de parâmetro de controle de validade da legislação brasileira.

O controle de convencionalidade é mecanismo vocacionado à proteção dos direitos humanos positivados em tratados internacionais, de modo a exigir que o Brasil harmonize seu direito doméstico aos parâmetros protetivos mínimos constantes na Convenção da Biodiversidade e ao direito ao meio ambiente sadio previsto no art. 26 do Pacto de San José.

Nesse contexto, o instituto do controle de convencionalidade é uma importante ferramenta para garantir a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos naturais, a permitir um diálogo cooperativo entre o sistema jurídico interno e o direito internacional dos direitos humanos em prol da natureza e da dignidade humana, na medida em que é obrigação jurídica do Poder Judiciário nacional aferir a compatibilidade de qualquer ato normativo interno com a Convenção da Diversidade Biológica e com a Convenção Americana, isto é, de realizar o controle de convencionalidade.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Orgs.). *Direitos humanos e fundamentais na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil constitucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Ano 2, n. 1, p. 73-113, 2013.

ARONNE, Ricardo; MORAES, Denise Bermudez de Oliveira. A valsa do leviatã pós-moderno: velhos cisnes ônticos sobre novos lagos epistêmicos. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 56, p. 127-140, 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECKERT, Cristina. Dilemas da ética ambiental: estudo de um caso. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Lisboa, n. 59, 2003.

BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista. Instrumentos de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 75-93, julho/dezembro de 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

BOSELTMANN, Klaus. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. 3. ed. Lisboa: Edições 70, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. I, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006.
- _____. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix, 2005.
- CHALFUN, Mery. Paradigmas filosóficos – ambientais e os direitos dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador: Evolução, ano 5, vol. 6, p. 209-246, jan./jun. 2010.
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso Futuro Comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- DALY, Herman E. *Economics in a full world*. Scientific American, EUA, Vol. 293, n. 3, p. 100-107, set. 2005.
- DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. 3. ed., New York: Cornell University Press, 2013.
- EFING, Antônio Carlos; PAIVA, Leonardo Lindroth de. Consumo e obsolescência programada: sustentabilidade e responsabilidade do fornecedor. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 117-135, jul./dez. 2016.
- ENAVENTE CHORRES, Hesbert. El juez de control como garante de la convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 10, n. 1, p. 145-200, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100005&lng=es&nrm=iso>.
- FAJARDO, Elias. *Consumo consciente, comércio justo: conhecimento e cidadania como fatores econômicos*. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2010.
- FONSECA, Fúlvio Eduardo. A Convergência entre a proteção ambiental e a proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional. *Revista Brasileira de Política Internacional*. Brasília, v. 50, n. 1, Janeiro/Junho de 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292007000100007&lng=en&nrm=iso>.
- FOSTER, John Bellamy. *A ecologia em Marx: materialismo e natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.
- HARDING, Stephan. *Terra viva: ciência, intuição e a evolução de Gaia: para uma nova compreensão da vida em nosso planeta*. São Paulo: Cultrix, 2008.
- HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*. Año 07, n. 02, p. 109-128, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- LÉVÊQUE, Christian. *A biodiversidade*. São Paulo: EDUSC, 1999.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das Leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. Direito humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012.
- _____. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 6. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Sistema interamericano de direitos humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. 06, n. 02, p. 142-154, jul./set. 2014.

- PORTILHO, Fátima. *Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RESENDE, Augusto César Leite de. *O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é doméstico: diálogo e cooperação entre ordens jurídicas como modelos de empoderamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 260, 2019.
- RESENDE, Augusto César Leite de. O reconhecimento da dignidade dos elementos da biodiversidade com base no diálogo entre o direito internacional e o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, 2016, p. 38-51.
- RISTER, Carla Abrantkski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. São Paulo: Renovar, 2007.
- SACHS, Ignacy. Primeiras Intervenções. In: NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; VIANA, João Nildo. *Dilemas e Desafios do Desenvolvimento Sustentável no Brasil*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.
- SAGÜES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. Año 08, n. 01, p. 117-136, 2010.
- SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. *Direito ambiental: doutrina e casos práticos*. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional e ADPF 138. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 21 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/filtragem-constitucional-e-adpf-378-1841mh3iwmui5eu9c76tn7ib9>.
- SCHMIDT, Rafael Vitória. Os direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. *Revista Unesco & Ciência – ACSA*. Joaçaba, v. 1, n. 1, p. 71-78, 2010.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER NO BRASIL: MUDANÇA DE PARADIGMA A PARTIR DA ATUAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NO CASO MARIA DA PENHA

Carla Ribeiro Volpini Silva

Renata Mantovani de Lima

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar a evolução e consolidação da Proteção Internacional dos Direitos das Mulheres e suas repercussões no Estado brasileiro, especialmente após a intervenção do Sistema interamericano de Direitos Humanos no caso Maria da Penha contra o Brasil. A partir dos conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais, pretende-se demonstrar as características e amplitude destes direitos para o respeito dos direitos da mulher. Por meio de uma reflexão sobre os efeitos da globalização, principalmente à luz da visão da mulher no mundo hodierno e o elenco de diplomas destinados a proteção e efetivação dos direitos humanos em prol das mulheres, verifica-se que, apesar dos significativos avanços normativos e em políticas públicas especializadas para a proteção da mulher, ainda não há uma efetivação plena dos Direitos das Mulheres no Brasil, especialmente por persistir uma cultura avessa à igualdade de gênero, que enfraquece, através do desprezo social, as ações em matéria de proteção dos direitos das mulheres. A metodologia utilizada no presente trabalho ancorou-se nos métodos histórico e indutivo que permitiram estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas à análise da Lei Maria da Penha e suas repercussões no Brasil, a partir da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos das Mulheres. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Políticas públicas.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A contextualização dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos; 3. A amplitude dos Direitos Humanos para o respeito dos direitos da mulher; 4. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos como importante ferramenta para a efetivação dos Direitos das Mulheres; 5. Breve análise do panorama dos Direitos das Mulheres no Brasil a partir da atuação do Sistema Interamericano; 6. Considerações Finais.

1. INTRODUÇÃO

Historicamente é possível observar a significativa diferença de tratamento em razão do gênero que por sua vez culmina na subjugação das mulheres pelos homens, ou mesmo em tristes episódios de violência e sucessivas violações de direitos humanos. As mulheres não possuíam liberdade, ou mesmo autonomia sobre os próprios corpos, e em algumas sociedades ainda não são direitos adquiridos. Eram, pois, tratadas como propriedade, objeto dos homens, verdadeira espécie de “coisificação”, sen-

do escravizadas e obrigadas a se prostituírem, vendidas ou trocadas como se fossem artefatos. Retratos pretéritos?

Infelizmente não. A violência contra a mulher, não raro, reflete uma relação desigual de poder, responsável por incutir e perpetuar uma cultura de dominação do sexo masculino sobre o feminino. A violência, portanto, não é um dado da atualidade, mas algo que se perpetua ao longo da história da humanidade, eis que muitas das diferenças entre os sexos decorrem das construções sociais que norteiam a realidade.

A sociedade, em que pese seu processo evolutivo, aliás em diversos aspectos (culturais, políticos, sociais, jurídicos, econômico), frequentemente reproduz valores androcêntricos, vulgarmente denominados machistas - patriarcais, que fundamentam e, sobretudo, reforçam a assimetria e poder das relações entre homens e mulheres, e por via de consequência desencadeia diversas barreiras, dentre elas a violência de gênero, referida como "qualquer ato de violência baseado na diferença de gênero, que resulte em sofrimentos e danos físicos, sexuais e psicológicos da mulher, inclusive ameaças de tais atos, coerção e privação da liberdade na vida pública ou privada" (Conselho Social e Econômico, Nações Unidas, 1992).

Com o intuito de ilustrar essa desigualdade, em um passado não tão distante, a própria análise de normas do ordenamento jurídico brasileiro revelava a posição inferiorizada da mulher na sociedade. Apenas em 1962, com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121 de 27/08), a mulher passou a ter um tratamento de colaboradora do lar¹⁶⁵⁵. Noutro ponto, o "defloramento", em lides matrimônias, ensejava a caracterização de erro essencial sobre a pessoa (CC/16 art. 219, inc. IV). É certo, contudo, que vários Estados apenas desenvolveram legislações específicas para a salvaguarda de direitos humanos das mulheres após a ratificação de tratados. Com o Brasil, não foi diferente.

A violência contra as mulheres, desde 1990, é considerada um problema de saúde pública pela Organização Mundial da Saúde¹⁶⁵⁶. Tal violência compreende agressões de caráter físico, psicológico, sexual e patrimonial – como descreve o artigo 2 a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, de 1994 - e pode, não raras as vezes, ensejar a morte da mulher. Os homicídios decorrentes de conflitos de gênero têm

1655 Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). Compete-lhe: I - A representação legal da família; II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311); III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique; IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277". Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta. Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): I - praticar os atos que este não poderia sem consentimento da mulher (art. 235); II - Alienar ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (artigos. 263, ns. II, III e VIII, 269, 275 e 310); III - Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem; IV - Contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal.

1656 <https://nacoesunidas.org/violencia-contra-a-mulher-e-grave-problema-de-saude-publica-alerta-opas/> Acesso em 28/04/2020.

sido denominados feminicídios, termo de cunho político e legal. Este termo corresponde a qualquer manifestação ou exercício de relações desiguais de poder entre homens e mulheres que culmina com a morte de uma ou várias mulheres pela própria condição de ser mulher, em múltiplas situações, independente de sua vinculação, isto é, quer com vínculo sexual ou não, meramente discriminatório ou outro qualquer (Carcedo, 2000).

É lamentável que, inobstante o avanço de reconhecimento e codificação dos direitos humanos ao longo do século XX, a violência contra a mulher persistiu e persiste como uma absurda realidade. No alvorecer do século XXI, mesmo com a conquista de espaço, quer em âmbito profissional, quer se tornado independente e autônoma, as estatísticas demonstram que a perspectiva universalista de igualdade de direitos se mostra suficiente para que o ordenamento jurídico assegure a equidade desejada entre homens e mulheres. Convém frisar que por “violência” não se deve abranger danos meramente físicos causados a outrem, mas, em sentido lato, abrange violações psíquica, sexual, material, financeira, afetiva, dentre outros.

A violência contra a mulher é ainda tão presente nos tempos atuais, e nas mais variadas sociedades que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, preocupada com o aumento do número de casos de violência doméstica durante o isolamento social para minimizar o impacto da crise do Covid-19, manifestou-se, no Comunicado de Prensa 74/20, no sentido de reforçar aos Estados a necessidade de “incorporar uma perspectiva de gênero nas respostas a esta crise e no combate à violência sexual e intra-familiar, bem como à discriminação que afeta as mulheres nesse contexto”¹⁶⁵⁷.

Nesse sentido, para possibilitar a efetivação da equidade social e de gênero, torna-se necessário conciliar o princípio universalista da igualdade com o reconhecimento das necessidades específicas de um gênero historicamente excluído e culturalmente discriminado. Por esse motivo, e com vistas a situar o objeto de estudo do presente artigo, qual seja a proteção internacional dos direitos da mulher, faz-se necessário, em um primeiro momento, contextualizar o binômio Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, para então verificarmos sua amplitude, principalmente no que diz respeito aos Direitos da Mulher. Feitas essas considerações poder-se-á analisar a perspectiva da mulher no mundo hodierno e a aplicação de um *corpus iuris* desenvolvido internacionalmente.

2. A CONTEXTUALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos possuem um vasto campo de aplicabilidade e validade, o que repercute sua característica de universalidade que aliada à indivisibilidade demonstram sua importância. Franco (2007) explicita que os direitos humanos funcionam como para-

¹⁶⁵⁷ Comunicado de Prensa 74/20. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/074.asp>
Acesso em 28/04/2020

digma moral de respeito aos direitos mais elementares do ser humano. Ambas as características estiveram presentes na concepção inovadora advinda da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, e se consolidaram na I e II Conferências Mundiais de Direitos Humanos, em Teerã (1968) e Viena (1993), respectivamente.

Os direitos humanos vinculam-se a uma dimensão internacional, referindo-se aos direitos de toda a humanidade global; ou ao plano filosófico, tratando-se daqueles direitos resguardados em sua concepção maior de “Homem”, aludindo posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, anseiam à validade universal:

A orientação doutrinária para retratar duas realidades ou vertentes divisadas: ora se vincula à dimensão internacional, ou seja, referindo-se aos direitos válidos e vigentes para todos os povos em sua concepção de Humanidade global, independentemente do contexto político-social em que se ache imerso, transcendendo fronteiras nacionais, conjunturas históricas, contingências jurídicas e culturas étnicas específicas; ora se liga ao plano filosófico, para denotar aqueles direitos resguardados em sua concepção maior de “Homem”. (FRANCO, 2007, p. 7).

Os direitos fundamentais, por sua vez, são aqueles direitos humanos reconhecidos e positivados no âmbito do ordenamento jurídico de determinado Estado, constituindo-se como elemento básico para a concretização do princípio democrático:

Tal como elemento constitutivo do estado de direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: *os direitos fundamentais têm uma função democrática*, dado que o exercício democrático do poder. (CANOTILHO, 2003, p. 290)

Ocorre que, não raro, os direitos humanos e os direitos fundamentais referem-se aos mesmos direitos, eis que oriundos de institutos internacionais, mas consagrados nas constituições dos Estados:

Materialmente, porém, tantos os direitos humanos como os direitos fundamentais, quando consagrados em um Estado que adote o regime democrático, costumam denotar as mesmas espécies de garantias jurídicas. Vale frisar que, sobretudo a partir da promulgação das Constituições pós-Segunda Guerra Mundial, que se inspiraram nas disposições consagradas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, verifica-se, cada vez mais, a intensificação do vínculo entre direitos humanos e direitos fundamentais, o que contribui para o “processo de aproximação e de harmonização entre o conteúdo das declarações internacionais e os textos constitucionais, o que se vem denominando de Direito Constitucional Internacional”. (FRANCO, 2007, p.10).

A Constituição da República Federativa do Brasil – 1988 dispensa tratamento especial aos Direitos Humanos quando consagra em seu artigo 4º, inciso II¹⁶⁵⁸, o prin-

1658 *Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 4º.* A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional; II – prevalência dos direitos humanos; III – autodeterminação dos povos; IV – não-intervenção; V – igualdade entre os Estados; VI – defesa da paz.

cípio da prevalência destes direitos. Ainda, a partir da Emenda Constitucional n. 45 de 8 de dezembro de 2004, o artigo 5º, § 3º da CRFB/88¹⁶⁵⁹ concede o caráter hierárquico Constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, observados os requisitos constitucionais.

Desta forma, percebe-se que os direitos humanos são direitos que, no plano global, definem normas que estabelecem condições mínimas para uma vida digna, e, por isto, devem ser resguardados independentemente de qualquer situação fática. Para contextualizá-los em uma perspectiva atual, há que se mencionar a globalização¹⁶⁶⁰ – ou mundialização, apontada por alguns autores como a melhor definição, eis que se insere involuntariamente na vida de praticamente todos os seres humanos. Mas quais são as implicações da globalização para os direitos humanos?

Conforme Donnelly (2007a), é geralmente entendida literariamente com significado de criação de estruturas e processos que abrange todo o globo. Pessoas, produtos, e ideias incrivelmente mudam e se interagem com outras fronteiras que não as do território nacional. Política, mercados, e cultura tornam-se transnacionais e mesmo globais em vez de nacionais.¹⁶⁶¹ Assim sendo, é entendida como um fenômeno no qual o encolhimento do mundo e as difusões culturais tornam-se inevitáveis. Isto ocorre principalmente porque as distâncias se encurtam, a tecnologia se torna instantânea e os reflexos das ações são, praticamente, simultâneos.

A globalização inclui diversas dimensões, tais como a política, a econômica, a cultural e a tecnológica que possibilitam uma conexão de indivíduos e instituições por todo o mundo. Neste diapasão, leva produtos, tecnologia, conhecimento e também afirmação de direitos humanos. Sob esta ótica, seria o caminho para a prosperidade em todo o globo terrestre, com o espalhar dos mais altos valores de democracia, liberdade e justiça.

Porém, a globalização, invariavelmente, proporciona mudanças políticas, econômicas e também culturais. As mudanças culturais ocorrem através das várias manifestações, dentre elas, dos acordos internacionais ratificados pelos Estados. Isto explica porque os direitos humanos têm se tornado uma parte integral do processo de globalização de várias maneiras. Em verdade, a globalização é frequentemente vista como força que instiga homogeneidade de atitudes, valores e hábitos. Ao mesmo tempo, a globalização

1659 *Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*

1660 Para Santos (2003, p. 24), os fatores que contribuem para explicar a arquitetura da globalização atual são: a unicidade da técnica, a convergência dos momentos, a cognoscidade do planeta e a existência de um motor único na história, representado pela mais-valia globalizada.

1661 *Globalization is generally understood literally to mean the creation of structures and processes that span the entire globe. People, goods, and ideas increasingly move and interact across – even irrespective – national territorial boundaries. Politics, markets, and culture become transnational and even global rather than national.* (DONNELLY, 2007a, p. 88).

intensifica o aumento da pobreza, a desigualdade, a falta de segurança, a fragmentação da sociedade, implicando, com isso, em violação dos direitos humanos e dignidade humana de milhões de pessoas.

Desta forma, há como resultado a intensificação dos conflitos e das violências étnicas e religiosas. Sob este aspecto, claramente, a globalização tem tido um efeito deteriorizante em todo o complexo de direitos humanos, resultando na considerável transformação do comportamento e valores da humanidade. Percebe-se que está em curso uma negação crescente da possibilidade de existência de uma Cultura da Paz, que perde espaço, para o incremento de políticas de avanço do capitalismo no mundo globalizado.

No mundo atual, extremamente globalizado, pode-se inferir mais facilmente que a cultura, enquanto manifestações sociais, muda constante e rapidamente. Algumas com cunho positivo, como as trocas e relações com povos distintos, das novas oportunidades advindas de um “mundo aberto”, outras negativas, como as ameaças de homogeneização de culturas por meio da imposição de Estados hegemônicos.

Nesta ideia contemporânea de que as culturas estão em mutação, Donelly (2007b) explicita o fato de que as pessoas não se preocupam, nem praticam, a todo o momento, o respeito aos direitos humanos, quicá aos direitos culturais:

Simplemente não é verdade que todas as pessoas, a todo o momento, têm tido ideias e práticas voltada para os direitos humanos, se pelos “direitos humanos” entendemos direitos iguais e inalienáveis amparados na moral seguros por todos os membros de espécies. A maioria das práticas políticas e leis tradicionais não são propriamente direitos humanos vestido, em roupas diferentes. E quem insiste que os são, independentemente de quais são suas intenções, constrói um argumento que não só pode ser, mas regularmente tem sido usado por regimes repressivos para suportar a negação dos direitos humanos reconhecidos por seus cidadãos internacionalmente. Meu trabalho representa algum valor porque há um mundo no qual ditadores regularmente tentam esconder através do manto da “cultura” nativa, mesmo no limite do desmascaramento. (DONELLY, 2007b, p.87, tradução nossa)¹⁶⁶²

Há quebra de paradigma cultural e, mais especificamente, de identidade cultural a todo o momento, mas a universalização ou homogeneização de culturas, trazendo-as para uma cultura global única, é um processo ainda inacabado, mas em andamento. Neste sentido, ações como preservação de manifestações culturais são fundamentais para coibir este processo mundializante.

¹⁶⁶² *It simply is not true that all peoples at all times had human rights ideas and practices, if by “human rights” we mean equal and inalienable paramount moral rights held by all members of the species. Most traditional legal and political practices are not just human rights practices dressed up in different clothing. And those who insist that they are, whatever their intention may be, make an argument that not only can be but regularly has been used by repressive regimes to support denying their citizens internationally recognized human rights. In a world in which dictators regularly try to hide behind the cloak of indigenous “culture”, even the limited sort of unmasking that my work represents may be of some value.*

3. A AMPLITUDE DOS DIREITOS HUMANOS PARA O RESPEITO DOS DIREITOS DA MULHER.

A questão da discriminação contra a mulher na legislação e na prática demonstra que a construção da ideia de gênero de cada sociedade está diretamente ligada à maneira como o direito das mulheres é tratado em cada grupo. Nesse sentido, identidade, funções e atributos construídos socialmente, bem como o significado social e cultural que a sociedade confere a essas diferenças biológicas repercutem não apenas na ideia de gênero, mas nas relações hierárquicas entre homens e mulheres, e a distribuição de faculdades e direitos em favor do homem em detrimento da mulher. Assim, os atributos concedidos culturalmente para o sentido de gênero, favorecem esferas de poder e indicam um posicionamento dos homens e das mulheres na sociedade.¹⁶⁶³

Observa-se, portanto, a necessidade de se considerar os fatores sociológicos para compreender o lugar e a função que são direcionados aos homens e às mulheres socialmente, bem como a importância da cultura nas definições de identidade de gênero e efetivação de seus direitos. Evidencia-se que o lugar ocupado pela mulher e pelo homem socialmente dependem de fatores políticos, econômicos, culturais, sociais, religiosos, ideológicos e ambientais que a cultura, a sociedade e a comunidade podem mudar.¹⁶⁶⁴

Há muito evidencia-se um sentimento de “propriedade” da mulher pelo homem, como se objeto fosse e não sujeito de direitos.¹⁶⁶⁵ As diferenças de gênero, muitas vezes, ocasionam violência e são perpetradas pela própria sociedade das mais distintas formas, seja por ditados populares, piadas, formas de tratamento à mulher, dentre tantos outros hábitos corriqueiros, chegando, inclusive, ao homicídio em defesa da honra. Evidencia-se, com isso, o fato de a violência de gênero repercutir a construção social, resultando desigualdades, além, evidentemente, de perpetuar a dominação do gênero em âmbito social e histórico.¹⁶⁶⁶ Neste momento histórico não há intervenção do Estado e, assim, apenas a sociedade civil, especialmente os movimentos feministas, discutiam a questão da violação de direitos das mulheres. Observa-se, então, que a cultura do gênero facilita

1663 Art. 5º da Recomendação Geral do Comitê para a eliminação da discriminação contra a mulher. El término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer.

1664 A construção cultural do gênero facilita a discriminação generalizada contra as mulheres em todas as culturas. Portanto, a discriminação contra mulheres e meninas não pode ser considerada essencialista e somente integrada em algumas culturas, e não em outras. Como as culturas não são homogêneas nem imutáveis, existem diferenças muito importantes entre elas em relação aos seus estágios de desenvolvimento e ao escopo do patriarcado, da misoginia e das práticas prejudiciais para mulheres e meninas. Tradução nossa. (ONU, 2015, p. 5)

1665 A violência teria, por fim, relação, assim como o gênero, com estruturas de poder, sendo as mulheres o polo menos valorizado da relação. Por conta disso, a violência de gênero traria muito mais malefícios para as mulheres do que para os homens. (CARLOS; SILVA, 2018, p.7)

1666 Essa violência, designada pela expressão violência de gênero, é descrita como a violência contra a pessoa por causa do gênero que ela possui, ou seja, a vítima é agredida por ser mulher ou homem, por exemplo. Dessa forma, conclui-se que a violência de gênero não está adstrita à violência ocorrida exclusivamente em relação conjugal, bem como não está ligada à violência perpetuada unicamente por homens contra mulheres, não se restringindo às características biológicas do agressor e da vítima, mas sim dizendo respeito às construções sociais que resultam em desigualdades, perpetuando a dominação de gênero, dentro de um determinado contexto social e período histórico. (CARLOS; SILVA, 2018, p.6)

a discriminação generalizada contra a mulher e que esta discriminação se diferencia entre as diversas culturas.

Lado outro, a igualdade de gênero, discutida desde o início da década de 70 no Brasil, visa combater a violência que até hoje é uma realidade em nosso país. O movimento feminista traz à baila a discussão sobre a violência de gênero do âmbito privado para o público. A igualdade de gênero torna-se o eixo central do movimento que, desde meados da mencionada década, luta pela igualdade, obtendo, com isso, fundamental importância no processo de mudança legislativa e social no Brasil, sobretudo a partir das denúncias de desigualdades, influenciando na elaboração de políticas públicas, além de corroborar para uma reformulação de visão e interpretação da lei.

Na década de 80, o país, influenciado por um cenário de redemocratização, permitiu um maior diálogo entre a sociedade civil e o Poder Público. Nesse cenário, foi possível reivindicar ao Estado políticas públicas para o enfrentamento da violência contra as mulheres. De fato, o processo de redemocratização nacional foi um marco essencial para a incorporação de direitos das mulheres na Constituição da República Federativa do Brasil - 1988. O movimento das mulheres e sua articulação no período pré-constituente favoreceu a inserção de garantias às mulheres no rol de direitos fundamentais que surgiam. Ressalta-se nesta década, a criação de delegacias especializadas para o atendimento à mulher, e a Lei nº. 7.209/1984, que modificou o artigo 61 do Código Penal, colocando como agravante da pena o fato de o crime ser praticado contra ascendente, descendente irmão ou cônjuge.¹⁶⁶⁷

Já na década de 90 é possível destacar dois relevantes momentos históricos: a criação das Leis. n.º 8.930/1994 e nº. 9.318/1996, e a criação dos Juizados Especiais criminais. Uma década marcada por avanços e desafios para as políticas contra a violência de gênero. A Lei nº. 8.930/1994 tornou hediondos os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Já a Lei nº. 9.318/1996 estabeleceu como agravante o fato de o crime ser cometido contra criança, idoso, enfermo ou mulher grávida. Os desafios foram marcados especialmente com a criação dos Juizados Especiais Criminais. Com fins de ampliar o acesso à justiça, favoreceu um efeito reverso à violência contra as mulheres, uma vez que os crimes registrados como lesões leves e ameaças eram enquadrados como de menor potencial ofensivo, inserindo-os, portanto, na competência desses juizados e passando a ter desfechos de conciliação. O autor permanecia como réu primário, permitindo-se a transação penal ou multa ao agressor.

Nos anos 2000, observa-se uma evolução tanto na legislação, quanto no desenvolvimento das políticas públicas relativas ao enfrentamento à violência de gê-

¹⁶⁶⁷ Em 1985, também fruto da mobilização política dos movimentos feministas no Brasil, foi criada em São Paulo a primeira Delegacia Especializada no Atendimento à mulher, através do Decreto n. 23.769, momento importante e significativo no sentido de criar políticas públicas para erradicar a violência contra a mulher, tendo em vista que se criou um espaço para o acolhimento das vítimas dentro do ambiente policial. (CARLOS, 2018, p. 51)

nero. Ressalta-se a Lei n. 10.224/2001 que criminalizou o assédio sexual e a Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha (LMP). Quanto à essa, observa-se que os “avanços não ofereciam uma tutela específica direcionada à violência de gênero, o que acabava por tornar a resposta do Estado lenta e ineficiente diante desses casos, em que muitas vezes a integridade física da vítima está em constante risco”. (CARLOS, 2018, p. 52)

Certamente, a Lei Maria da Penha tornou-se um marco da luta contra à violência doméstica e das mulheres. Além de proporcionar a alteração dos instrumentos para processar e condenar os agressores, afastando a competência dos Juizados Especiais Criminais para julgar os casos relacionados à violência, impôs condicionantes para a desistência da persecução penal em face do autor do delito. Ou seja, a rigor, nos crimes de ação penal pública condicionada à representação, a regra é que a vítima possa se retratar/ arrepender da representação até o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público (art.102 do CP e art.25 do CPP). No âmbito da Lei Maria da Penha, em sua origem, tratando-se de crime de ação condicionada à representação, a renúncia é admitida antes do recebimento da denúncia, perante o juiz, em uma audiência especialmente designada para esta finalidade (art.16). Assim, não seria possível a desistência da representação penal na Delegacia de Polícia. Ao contrário, exigia-se o comparecimento da vítima em audiência e que apenas na presença da autoridade judicial manifeste seu arrependimento. Tal exigência, pretende garantir que a vítima possa ser esclarecida acerca das consequências jurídicas de tal ato¹⁶⁶⁸.

Todavia, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4424/2012) ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) quanto aos artigos 12, inciso I; 16; e 41 da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), acompanhando o voto do relator, ministro Marco Aurélio, por maioria de votos, vencido o presidente, ministro Cezar Peluso, entendeu pela possibilidade de o Ministério Público dar início a ação penal sem necessidade de representação da vítima. Em que pese a disposição do artigo 16 no sentido de que as ações penais públicas “são condicionadas à representação da ofendida”, tal circunstância esvazia a proteção constitucional assegurada às mulheres. Estipularam, ainda, a incompetência dos Juizados Especiais julgar os crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha, o que, por via oblíqua, conduziria os delitos de violência doméstica abrangidos pela mencionada Lei para o âmbito das ações penais públicas incondicionadas, independentemente da extensão da lesão, isto é, seja ela leve, grave, gravíssima, dolosa ou culposa. Assim, os crimes de lesão corporal abrangidos pela Lei Maria da Penha respeitam os preceitos aplicáveis à ação penal pública incondicionada.

1668 Art. 16, Lei 11.340/2006. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

De fato, essas reformulações catalisaram a formação e implementação de importantes políticas públicas em defesa dos direitos das mulheres. Além destes fatores normativos, a LMP propiciou uma profunda discussão, entre a população, sobre os direitos das mulheres e sobre a violência de gênero, discussão esta que se faz essencial para a plena efetivação dos direitos das mulheres.¹⁶⁶⁹ Nesse sentido, a Terceira Seção do STJ, especializada no julgamento de processos que tratam de matéria penal, aprovou nos últimos anos quatro súmulas relacionadas à Lei Maria da Penha. As súmulas consistem no resumo de entendimentos consolidados nos julgamentos do tribunal. Embora não tenham efeito vinculante, servem de orientação a toda a comunidade jurídica sobre a jurisprudência firmada pelo STJ¹⁶⁷⁰.

Nota-se que, a referida Lei tornou-se um marco fundamental da luta dos direitos das mulheres no Brasil, em que pese o fundamental papel dos movimentos feministas pelos dos direitos das mulheres.¹⁶⁷¹

À luz de um contexto de manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, bem como de uma dimensão epidêmica de violência de gênero (especialmente a violência doméstica), o caso Maria da Penha permitiu, de forma emblemática, romper com a invisibilidade que acoberta este grave padrão de violência de que são vítimas tantas mulheres, sendo símbolo de uma necessária conspiração contra a impunidade. (PIOVESAN, 2014, p. 21-34).

Em seu artigo 5º, a LMP¹⁶⁷², dispõe sobre a violência doméstica, no âmbito do convívio familiar e contempla a configuração desta violência, qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Observa-se que a conduta reprimida pela Lei é baseada no gênero, portanto, uma conduta que tem suas raízes culturais.

1669 A Lei Maria da Penha, além de instituir mecanismos para assegurar a imputação de penalização ao agressor, buscou tratar de forma integral o fenômeno da violência doméstica. Para tanto, traz diretrizes gerais para a instituição de políticas públicas abrangentes e transversais destinadas ao seu enfrentamento. Exemplo disso é a previsão de um conjunto de instrumentos para a assistência social à vítima da agressão, bem como a previsão de proteção e acolhimento emergencial à vítima. (BRASIL, 2016, p. 4)

1670 **Súmula 536:** A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. (Súmula 536, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 15/06/2015). **Súmula 588:** A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (Súmula 588, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/09/2017, DJe 18/09/2017). **Súmula 589:** É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas. (Súmula 589, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/09/2017, DJe 18/09/2017). **Súmula 600:** Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima. (Súmula 600, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/11/2017, DJe 27/11/2017).

1671 Salientamos que a criação de um marco legislativo, por si só, não se mostra efetiva na alteração de uma dada realidade social. Daí a preocupação do legislador de, no âmbito da Lei Maria da Penha, além de traçar mecanismos para assegurar a imputação de penalização ao agressor, tratar de forma integral o problema da violência doméstica, com a previsão de um conjunto de instrumentos transversais para a oferta de assistência social à vítima da agressão, bem como de proteção e acolhimento emergencial. A Lei criou, dessa forma, diretrizes gerais para a instituição de políticas públicas abrangentes e transversais com vistas ao enfrentamento à violência. (BRASIL, 2016, p. 18)

1672 Artigo 5º, da LMP - I - No âmbito da unidade doméstica, compreendida como espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - Em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. - Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Destaca-se ainda a Lei 13.718/2018 que de modo considerável contribuiu com o aprimoramento do ordenamento jurídico brasileiro ao dispor sobre crimes sexuais, dentre eles a criação do crime de “importunação sexual”, divulgação de cena de estupro de vulnerável, sexo ou pornografia, além de alterar a natureza da ação penal nesses crimes sexuais para pública incondicionada, atribuindo novas causas de aumento de pena. Esta lei provavelmente propiciará um impacto na proteção dos direitos das mulheres, grupo extremamente vulnerável, sobretudo nos crimes sexuais.

Hodiernamente, os movimentos em prol dos direitos das mulheres ainda se inspiram na luta para que homens e mulheres gozem de igualdade de condições de todos os direitos garantidos pelo status do cidadão – herança da primeira geração do feminismo –, mas se dedicam também a:

evidenciar seu caráter preconceituoso, marcado por um modo de pensar que utiliza o gênero masculino como modelo de pensamento. Este modo de proceder resulta na incapacidade de acolher e lidar com as diferenças sociais, não apenas de gênero, mas de raça, classe, idade, origem e tantas outras. (RODRIGUEZ, 2017, p. 199)

Nas palavras de Rodriguez (2017), a reflexão feminista contemporânea não se limita a lutar pela igualdade de gênero, mas colocar as demandas femininas na agenda política, favorecendo, assim, uma amplitude do discurso democrático. Observa-se que os movimentos feministas tem se utilizado de artifícios não político-rationais para o engajamento da sociedade nas causas dos direitos das mulheres, permitindo uma maior conscientização da sociedade civil e consequentemente a participação de suas demandas na agenda política.¹⁶⁷³

De fato, essa construção interna fora influenciada pelas várias conferências e Convenções com o intuito de garantir os direitos das mulheres. Consagrados em textos internacionais a partir do período pós-Segunda Guerra Mundial, quando surgem repercussões sobre a discussão dos direitos da mulher, mormente em razão da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Por seu caráter pioneiro e também universal, podemos citar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher¹⁶⁷⁴, adotada em 1979¹⁶⁷⁵ pela Assembleia Geral da ONU. Além de definir a discriminação contra mulheres, estabeleceu uma agenda para ação nacional visando pôr fim a tal discriminação. A Convenção considera a cultura e a tradição como forças influentes para moldar os

1673 Com efeito, a militância feminista tem utilizado historicamente estratégias de luta que não se reduzem ao diálogo deliberativo, como a utilização de relatos pessoais e testemunhos de vida, como ficou claro no caso de luta pela aprovação da Lei Maria da Penha, a qual mobilizou a sociedade civil em torno da história de Maria da Penha, uma vítima de violência doméstica alçada a símbolo do movimento feminista. (RODRIGUEZ, 2017, p. 221)

1674 Também denominada de Carta Internacional dos Direitos da Mulher.

1675 A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher, de 1979 e, ratificada pelo Brasil em 1982, foi impulsionada pela Proclamação de 1975 como Ano Internacional da Mulher e pela realização da primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, no México, também em 1975.

papéis de gênero e as relações familiares, e é o primeiro tratado de direitos humanos a afirmar os direitos reprodutivos das mulheres.

Outro significativo marco foi a Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Copenhague (Dinamarca), em 1980, em que a necessidade de políticas públicas no sentido de assegurar o domínio e o controle de propriedade das mulheres e amplitude nos direitos das mulheres em relação à herança, à guarda dos filhos, e à perda da nacionalidade foi discutida.

Em 1985, ocorreu a “Conferência Mundial para a Revisão e Avaliação das Realizações da Década das Nações Unidas para a Mulher: Igualdade, Desenvolvimento e Paz”, em Nairóbi (Quênia). Um resultado inicial da Conferência de Nairóbi foi a transformação do Fundo Voluntário para a Década da Mulher no Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM, agora parte da ONU Mulher).

Importante ressaltar que a Recomendação Geral n. 19/92 da ONU, intitulada “A violência contra a mulher”, define, em seu artigo 1º, que a discriminação contra a mulher, inclui a violência sexual, a violência perpetrada por quaisquer pessoas, autoridades públicas ou organizações, e que os Estados também podem ser responsáveis por atos privados se não adotarem medidas com a devida diligência para impedir a violação dos direitos ou para investigar e castigar os atos de violência e indenizar as vítimas.¹⁶⁷⁶

Por sua vez, a Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Direitos Humanos¹⁶⁷⁷, Viena -1993, foi o primeiro momento em que as mulheres foram consideradas como seres humanos de pleno direito numa conferência internacional das Nações Unidas, em outras palavras, quando se explicitou que os direitos das mulheres são direitos humanos (FACIO, 1993, p.3). Já a Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres, realizada em 1995, em Pequim (China), definiu os direitos das mulheres como direitos humanos e se comprometeu com ações específicas para garantir o respeito desses direitos.

A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, ratificada pelo Brasil em 1984 – e eliminadas suas reservas para cumprimento total a partir do Decreto n. 4.377, de 2002 –, obriga os Estados a modificar os padrões sócio culturais de conduta de homens e mulheres, a fim de alcançar a eliminação dos prejuízos e práticas costumeiras que estejam baseadas na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou nas funções estereotipadas de homens e mulheres. Esta disposição prevê uma base normativa para a primazia do direito à igualdade da mulher sobre os modelos culturais de conduta discriminatórios, incluídos os resultantes de edições religiosas.¹⁶⁷⁸

1676 Artigo 1º, Recomendação Geral n. 19/92.

1677 A Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, de Viena, (1993), que foi o primeiro momento onde as mulheres foram consideradas como seres humanos de pleno direito numa conferência internacional das Nações Unidas, ou seja, quando se explicitou que os direitos das mulheres são direitos humanos

1678 El Grupo de Trabajo señala la importancia fundamental del artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de To-

Um dos importantes logros da Conferência foi a criação, em 2010, de uma nova entidade dentro do Sistema ONU, para fortalecer e unificar o trabalho das Nações Unidas para impulsionar a igualdade gênero, empoderamento e autonomia das mulheres.(FACIO, 1993, p.4). Outro momento significativo para a proteção da mulher foi a aprovação pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) de resolução que condena a circuncisão (mutilação) genital feminina e recomenda aos países que orientem de forma educativa sobre a necessidade de acabar com a prática¹⁶⁷⁹. Nesta Resolução, a ONU apela para que os países adotem medidas como a proibição da prática, com o objetivo de proteger mulheres e crianças de “qualquer forma de violência”, encerrando a impunidade. Esta prática afeta mais de 100 milhões de mulheres no mundo, especialmente em países africanos.

Ressalta-se que o Sistema Global e os Sistemas Regionais de proteção dos direitos humanos são complementares e não substitutivos. Os direitos consagrados no plano internacional e no plano regional são igualmente exigíveis aos Estados. Ademais, tanto os direitos consagrados na DUDH quanto aqueles consagrados na DADH integram o direito consuetudinário, sendo oponíveis *erga omnes*, e, assim, responsabilizados internacionalmente e punidos regionalmente.¹⁶⁸⁰ Ademais, importa destacar o relevante papel da Corte interamericana de Direitos Humanos que por meio de sua competência consultiva pode emitir pareceres sobre a interpretação não apenas da Convenção Americana, mas sobre outros tratados concernentes à proteção dos Direitos Humanos nos Estados Americanos, revelando-se, com isso, a ampla competência da Corte Interamericana em matéria consultiva¹⁶⁸¹.

Apesar de o Brasil ter acolhido o direito de petição aos Comitês sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e contra a tortura, (...) até setembro de 2006 não se verifica qualquer caso contra o Brasil submetido a estas instâncias do sistema global de proteção. Diversamente, no sistema interamericano testemunha-se uma crescente litigância internacional.

das las Formas de Discriminación contra la Mujer, que obliga a los Estados a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. Esta disposición prevé una base normativa para la primacía del derecho a la igualdad de la mujer sobre los modelos culturales de conducta discriminatorios, incluidos los resultantes de edictos religiosos. (p.6)

1679 Resolução da Assembleia Geral da ONU de 27 de novembro de 2012.

1680 Atualmente, a jurisprudência do tribunal interamericano consagrou a interpretação de que alguns direitos garantidos tanto na Declaração Universal quanto os consagrados na Declaração Americana passaram a integrar o direito consuetudinário sendo oponíveis *erga omnes*, porquanto sua violação gera responsabilidade internacional e a obrigação de reparar o dano para todos os Estados-membros da OEA. (CORREIA, 2008, p. 97)

1681 Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 64: 1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

4. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS COMO IMPORTANTE FERRAMENTA PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES

Os Sistemas Regionais de proteção dos Direitos Humanos refletem a importância do mecanismo interamericano para que este marco jurídico de proteção das mulheres fosse construído no Brasil. Marcado por peculiaridades regionais que, nas palavras de Piovesan (2004, p. 123), demonstram um elevado grau de exclusão e desigualdade social, ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com reminiscências do legado dos regimes autocráticos ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.¹⁶⁸²

Observa-se, no âmbito regional, que a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969¹⁶⁸³, foi precedida da Convenção Interamericana sobre Direitos Políticos e Cíveis da Mulher, de 1948. Verifica-se também que, a partir dos anos 80, ocorre a consolidação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, principalmente mediante a jurisprudência da Corte interamericana de Direitos Humanos e a adoção de dois protocolos adicionais, um deles, a Convenção Interamericana para prevenir, punir, e erradicar a violência contra a mulher – Convenção de Belém do Pará de 1994¹⁶⁸⁴.

Piovesan (2017) ensina que, a partir do acolhimento pelo Estado brasileiro, das obrigações concernentes ao Sistema interamericano, o Brasil passa a ser monitorado internacionalmente pelos seus atos e será responsabilizado pelas violações de direitos humanos que cometer. Trata-se de ação suplementar e subsidiária à do sistema interno, que poderá condenar o Brasil na perspectiva de responsabilidade primária, relativa à proteção de Direitos Humanos.¹⁶⁸⁵

Para tanto, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é composto essencialmente de dois órgãos: a Comissão e a Corte. A Comissão é denominada de órgão quase-judicial, não apenas pela função que nos alerta Piovesan de que “a partir da democratização na região, a comissão tem tido uma função cada vez mais jurídica e não política, se comparada com a sua marcada atuação política no período dos regimes

1682 Isto significa que a região latino-americana tem um duplo desafio: 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, culturais e ambientais. Como reitera a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, há uma relação indissociável entre democracia, direitos humanos e desenvolvimento. (PIOVESAN, 2004, p. 124)

1683 Também denominada Pacto de São José da Costa Rica, que entrou em vigor em 1978, mas foi ratificado pelo Brasil apenas em 1992.

1684 Também denominada Convenção de Belém do Pará, que entrou em vigor em 1978, mas foi ratificado pelo Brasil apenas em 1992.

1685 Ao acolher o sistema interamericano, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional dele decorrentes no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território. O Estado tem sempre a responsabilidade primária relativamente à proteção dos direitos humanos, constituindo a ação internacional uma ação suplementar, adicional e subsidiária. É sob esta perspectiva que se destaca a atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (PIOVESAN, 2017, p. 107)

militares na América Latina”. (PIOVESAN, 2017, p. 109), mas também pelas suas funções de fiscalizar as ações de seus Estados membros, propor recomendações para as violações de direitos humanos averiguada, ser órgãos receptor de denúncias e ajuizador de casos perante a Corte.¹⁶⁸⁶

Na Comissão Interamericana, três casos denunciaram a violência contra a mulher no Brasil, dentre eles, o Caso Maria da Penha que deu origem a icônica Lei Maria da Penha.¹⁶⁸⁷ O Caso pode ser analisado pelo Sistema interamericano de Direitos humanos, devido à omissão do Estado brasileiro à plena efetivação da justiça perante o caso de violência doméstica reiterada contra a Maria da Penha, que gerou impunidade do agressor e demonstrou a inefetividade do sistema judicial brasileiro a respeito da violência doméstica contra as mulheres no Brasil.

Em 1983, enquanto dormia, a brasileira cearense Maria da Penha Maia Fernandes levou um tiro de seu ex-conjuge, restando-se paraplégica. Posteriormente, sofreu outra tentativa de homicídio, cometido pelo mesmo ex-marido, que tentou eletrocutá-la. Embora negasse a autoria dos atos, as provas obtidas no Inquérito policial revelavam indícios de autoria e materialidade delitiva. Oferecida denúncia pelo Ministério Público (1984), o agressor foi levado a júri e condenado a oito anos de reclusão (1991). Contra a sentença, interpôs recurso, em liberdade, suscitando nulidade em relação à elaboração dos quesitos, o que foi acolhido, anulando o julgamento. Em 1996 foi submetido a novo julgamento e, novamente condenado, desta vez a dez anos e seis meses de prisão, foi preso apenas em 2002 e solto dois anos depois, estando atualmente em liberdade. Nota-se que o agressor foi preso somente 20 anos após o cometimento do último ato de agressão, tendo cumprido meros dois anos de prisão.

1686 Promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América é a principal função da Comissão Interamericana. Para tanto, cabe à Comissão fazer recomendação 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 Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. É também da competência da Comissão examinar as comunicações, encaminhadas por indivíduo ou grupos de indivíduos, ou ainda entidade não governamental, que contenham denúncia de violação a direito consagrado pela Convenção, por Estado que dela seja parte, nos termos dos artigos 44 e 41. O Estado ao se tornar parte da Convenção, aceita automática e obrigatoriamente a competência da Comissão para examinar estas comunicações, não sendo necessário elaborar qualquer declaração expressa e específica. (PIOVESAN, 2017, p. 108)

1687 1) Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Márcia Cristina Rigo Leopoldi*, Brasil, Relatório No. 09/12, Petição No. 11996/12, Admissibilidade, 20 de março de 2012. Ela foi vítima de estrangulamento, pelo ex-namorado, em 1984, em Santos. Condenado há quinze de não de prisão, o autor do crime obteve *habeas Corpus* e desde então, encontra-se foragido. Trata-se do primeiro caso contra o Estado brasileiro que se baseia na Convenção de Belém do Pará; 2) Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Maria da Penha Maia Fernandes*, Brasil, Relatório 54/01, Petição No 12051/01, Admissibilidade 04 de Abril de 2001. Foi violentada por seu companheiro mais de uma vez, com tentativas de homicídio e agressões que acabaram por provocar paraplegia irreversível na vítima, entre outras lesões. A impunidade e a inefetividade do sistema judicial diante da violência doméstica contra as mulheres no Brasil motivou, em 1998, a apresentação do caso à Comissão interamericana. Em 2001, em decisão inédita, a Comissão condenou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, recomendando ao Estado, dentre outras medidas, “prosseguir e intensificar o processo de reforma, a fim de romper com a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra as mulheres no Brasil. 3) Comissão Interamericana de Direitos Humanos *Márcia Barbosa de Souza*, Relatório 38/07, Petição No 12263/01, Admissibilidade em 26 de julho de 2007, que foi morta em 1998, em João Pessoa, cujo principal acusado é um deputado estadual, que, em virtude da imunidade parlamentar, só poderia ser processado criminalmente com a prévia licença da Assembleia Legislativa do Estado, pedido este que foi indeferido duas vezes, o que justificou o envio do caso à Comissão interamericana de em face da imunidade assegurada. (PIOVESAN, 2008, 323)

Diante deste cenário, o Centro pela justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino Americano de Defesa dos Direitos das mulheres (CLADEM) ofereceram denúncia¹⁶⁸⁸ contra o Estado brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com fulcro nos artigos 44 e 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no artigo 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). No Caso 12.051/2000¹⁶⁸⁹, conhecido no Brasil como o “Caso Maria da Penha”, a Comissão emitiu relatório, repudiando a omissão do Estado brasileiro e determinando o cumprimento de recomendações a fim de evitar a tolerância brasileira nos casos de violência contra as mulheres¹⁶⁹⁰ e de medidas para investigar, processar e punir os agressores e reduzir a violência de gênero no país.¹⁶⁹¹

A partir do relatório n. 54/01 da Comissão Interamericana, em 2002, o Consórcio de ONGs feministas estabeleceu o anteprojeto de lei, apresentando-o para a Secretaria de Políticas Públicas para as mulheres da Presidência da República (SPM), em 2004.

1688 A denúncia alegava a tolerância do Brasil em relação à violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros contra Maria da Penha Maia Fernandes, que culminou numa tentativa de homicídio e novas agressões em maio e junho de 1983. Tal tolerância do Estado seria evidenciada pelo fato de não ter tomado as medidas necessárias para processar e punir o agressor durante mais de 15 anos, mesmo com as denúncias prestadas. No relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos determinou o cumprimento de algumas recomendações pelo Brasil, no sentido de evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório no que diz respeito aos casos de violência doméstica no Brasil, adotando medidas para investigar, processar e punir os agressores e reduzir a violência. (CARLOS, 2018, p.52)

1689 Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 07 de outubro de 2018.

1690 4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte: a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera; d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais. e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares. Caso 12.051/2000. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 07 de outubro de 2018.

1691 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes recomendações: 1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia. 2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes. 3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil. 4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte: a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera; d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais. e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

A SPM encaminhou o Projeto de Lei n. 4.549/2004 à Câmara dos Deputados, que foi transformado na Lei. n. 11.340/2006.

5. BREVE ANÁLISE DO PANORAMA DOS DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL A PARTIR DA ATUAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO

A análise da atual conjuntura da violência de gênero no Brasil evidencia algumas peculiaridades que devem ser observadas. A primeira é o fato de que, conforme demonstram o panorama da violência doméstica feita pelo próprio governo federal, verificou-se um cenário de subnotificações relativos à violência de gênero; e a segunda, que complementa este cenário, há uma disparidade enorme entre a atuação dos sistemas judiciários estaduais na aplicação da lei Maria da Penha, o que sinaliza que alguns Estados estão mais amadurecidos e preparados culturalmente, para o enfrentamento da violência de gênero.¹⁶⁹²

A análise dos gráficos do Observatório da mulher contra a violência indica que as taxas de homicídio e de violência contra as mulheres, nos anos de 2006, quando a LMP entra em vigor, 2014 e 2015, permanece muito próxima. Há uma leve diminuição da incidência de casos de 2014 para 2015, mas não são menores ao número de casos de 2006. Indica também uma discrepância regional no Brasil. Estados do Norte e Nordeste, especialmente Amazonas e Ceará utilizam-se muito pouco os serviços de atendimento às mulheres, como o Ligue 180, oferecido pela Secretaria de Políticas para as Mulheres,¹⁶⁹³ enquanto estados do Sul e Sudeste, como São Paulo e Santa Catarina, são aqueles que mais procuram auxílio especializado na proteção das mulheres contra a violência.¹⁶⁹⁴

No que diz respeito aos relatos de violência registrados pelo Ligue 180, serviço oferecido pela Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM/PR), de acordo com o Balanço 2015 – Ligue 1804, foram realizados 749.024 atendimentos em 2015, em comparação a 485.105 atendimentos realizados em 2014. Dentre os atendimentos realizados em 2015, cerca de 10% (76.651) se referiram a relatos de violência contra as mulheres. Destes relatos de violência, 50,16% corresponderam a violência física; 30,33%, a violência psicológica; 7,25%, a violência moral; 2,10%, a violência patrimonial; 4,54%, a violência sexual; 5,17%, a cárcere privado; e 0,46%, a tráfico de pessoas. (BRASIL, 2016, p. 11)

Outro índice importante relacionado à violência contra as mulheres é o Sistema de Informação de Agravos de notificação – SINAN, gerenciado pelo Ministério da Saúde.

1692 Verificou-se, em primeiro lugar, um cenário de aparente subnotificação no âmbito do registro dos principais indicadores relativos à violência contra mulheres. Subnotificação que se apresentou mais ou menos intensa a depender do estado e do indicador considerado. (BRASIL, 2016, p.5)

1693 A análise permitiu identificar um quadro de grande disparidade, entre os sistemas judiciários estaduais, na aplicação dos dispositivos da Lei Maria da Penha. Disparidade que parece indicar que, a despeito das leis que regem os processos relativos à violência doméstica serem nacionais, cada estado as executa de forma diversa, alcançando diferentes resultados. (BRASIL, 2016, p.5)

1694 BRASIL, Senado Federal, 2016, p. 10)

de. Tal sistema consolida todos os registros realizados obrigatoriamente pelos centros de saúde do país.

A partir das informações constantes dos dados do Observatório, verifica-se que a violência física tem sido predominante, seguida da violência psicológica ou moral e da sexual. Observa-se, no entanto, que o número de registros de agravos relativos à violência interpessoal praticada contra mulheres tem crescido ano após ano.

Para se ter uma compreensão sobre esse fato, o Painel de Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), monitora e apresenta os dados da Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres. Infelizmente, o Brasil finalizou o ano de 2019 contabilizando mais de um milhão de processos de violência doméstica e 5,1 mil processos de feminicídio em tramitação na Justiça. Nos casos de violência doméstica, houve aumento de quase 10%, com o recebimento de 563,7 mil novos processos. Os casos de feminicídio que chegaram ao Judiciário cresceram 5% em relação aos dados de 2018. A quantidade de medidas protetivas concedidas também cresceu, sendo 70 mil medidas a mais do que em 2018, perfazendo um total de 403,6 mil no final de 2019; portanto, um incremento no importe de 20%. Verificou-se, igualmente, um aumento no número de sentenças em processos: foram 35% de sentenças a mais nos casos de feminicídio e 14% a mais nos de violência doméstica (dados de 2019)¹⁶⁹⁵.

No que tange ao tratamento jurisprudencial concedido para casos dessa natureza, importa, novamente, mencionar a análise da norma pelo Supremo Tribunal Federal (STF), responsável por balizar o alcance da legislação e pacificar em sua jurisprudência o entendimento, com caráter vinculante, que passou a guiar a atuação de todo o Judiciário brasileiro. O exame da norma chegou ao STF por meio de duas ações de controle concentrado de constitucionalidade – Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19 e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4424, julgadas em 9 de fevereiro de 2012. Assim, reconheceu que a Lei Maria da Penha representa um avanço na legislação visando a erradicação, prevenção e punição da violência contra a mulher, além de garantir mecanismos de proteção das vítimas que sofrem violência física e psicológica de pessoas com as quais convivem ou se relacionam. Nesse contexto, o ministro Celso de Mello, decano da Corte, lembrou que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos teve uma importante participação no surgimento da Lei Maria da Penha.

Exatamente por isso, incumbe-se de detalhar as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, que engloba a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, e, igualmente, prevê medidas protetivas de urgência visando garantir a segu-

¹⁶⁹⁵ Disponível em https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opedoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=-QV5%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shVDResumo. Acesso em 07 de abril de 2020.

rança da vítima, como o afastamento do agressor do local de convivência e a fixação de limite mínimo de distância, permite a prisão preventiva do agressor e aumenta as penas para os casos de lesões corporais praticadas no âmbito doméstico contra a mulher. Ademais, garante a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a construção de casas-abrigo para mulheres e dependentes menores, a inclusão das vítimas em programas sociais, a prioridade para transferência de cidade caso seja servidora pública ou a estabilidade de seis meses para afastamento do trabalho caso seja da iniciativa privada.

Pertinente mencionar que, mesmo após a realização do Controle Concentrado de Constitucionalidade, outras ações foram apreciadas pelo STF em razão de decisões firmadas sobre a Lei Maria da Penha. Em ordem cronológica e dada a importância das decisões para a proteção e reconhecimento dos Direitos das mulheres, consoante os princípios e valores exarados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, passa-se a citá-las. Ao apreciar a Reclamação (RCL) 18391/2014, o ministro Luiz Fux cassou decisão do juízo da Vara Criminal da Comarca de Limeira - SP que declarou extinta a punibilidade do acusado de ter agredido a própria mãe, devido a renúncia à representação por parte da vítima. Ao julgar procedente a Reclamação, o ministro reforçou que cabe ao Ministério Público o direito de prosseguir com a ação penal, destacando que “há perfeita aderência entre o ato reclamado e os acórdãos paradigmas, posto que o Plenário do STF conferiu expressamente, com efeito *erga omnes* e vinculante, interpretação conforme a Constituição à Lei Maria da Penha”. Pontuou, ainda, que a decisão objeto de reclamação desrespeitou o entendimento do STF firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4424 e na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19, nas quais a Corte assentou a “constitucionalidade da natureza incondicionada da ação penal pública em caso de crime de lesão corporal praticado contra a mulher em ambiente doméstico”, sendo, pois, reflexo do dever do Estado de assegurar a assistência à família e de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, motivo pelo qual, não é razoável deixar a atuação estatal a critério da vítima.

A Reclamação (RCL) 20367/2015, julgada procedente pela ministra Cármen Lúcia, cassou acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) responsável por extinguir a punibilidade de um condenado pela prática da contravenção de vias de fato contra mulher em ambiente doméstico, tendo em vista a ausência de representação da vítima. Nesse contexto, determinou-se a realização de um novo julgamento do caso, segundo os critérios definidos pelo STF na ADI 4424. Isso porque o TJ-MG desconsiderou o teor da decisão proferida pelo STF que atribuiu interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e assentou a natureza pública incondicionada da ação penal por crime de lesão corporal.

De igual forma, na análise da Reclamação (RCL) 19525/2015, o ministro Marco Aurélio cassou acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) que, em razão do desinteresse da vítima no prosseguimento da ação penal, manteve a absolvição de um homem acusado de agredir a companheira.

Por sua vez, também em 2015, ao apreciar o Habeas Corpus (HC) 130124 o ministro Teori Zavascki, rejeitou o remédio constitucional impetrado em favor de um condenado pela prática do crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico, afastando, com isso, a aplicação do princípio da bagatela. Na decisão, o ministro ressaltou que, “nos delitos penais que são cometidos em situação de violência doméstica, não é admissível a aplicação do princípio da bagatela imprópria, tudo sob o pretexto de que a integridade física da mulher (bem jurídico) não pode ser tida como insignificante para a tutela do Direito Penal”, pois implica “desprestigiar a finalidade almejada pelo legislador quando da edição da Lei Maria da Penha, ou seja, ofertar proteção à mulher que, em razão do gênero, é vítima de violência doméstica no âmbito familiar”.

O mesmo ministro, relator do Habeas Corpus (HC) 129446 – 2015, em decisão unânime da Segunda Turma, ao analisar o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos a um condenado à pena de três meses de detenção, em regime aberto, pelo crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico contra a esposa, formulado pela Defensoria Pública da União, calcada na pretensa autorização de substituição da pena, conforme artigo 17 da Lei Maria da Penha, rejeitou-o sob o argumento de que “Não parece crível imaginar que a lei, que veio justamente tutelar com maior rigor a integridade física das mulheres, teria autorizado a substituição da pena corporal, mitigando a regra do artigo 44 do Código Penal, que a proíbe”.

Em 2018, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua 3ª Seção, ao analisar um conflito de competência (CC 150.712/SP), estabeleceu a competência da Justiça Federal para julgar um caso de crime de ameaça em que o suposto agressor, residente nos Estados Unidos, fazendo uso de rede social - facebook, ameaçou a ex-namorada residente no Brasil. Na ação, a mulher pleiteava a fixação de medidas protetivas contra o homem com quem manteve relacionamento durante a realização de seu intercâmbio.

Fundado em entendimento do Supremo Tribunal Federal, o colegiado concluiu que, apesar das convenções ratificadas pelo Brasil concernentes ao combate à violência de gênero não disporem sobre o crime de ameaça, a Lei Maria da Penha concretizou o dever assumido pelo país de proteger a mulher contra toda forma de violência, expressão, portanto, das orientações proferidas no seio da Organização dos Estados Americanos.

Dado que o suposto autor das ameaças encontrava-se em território estrangeiro, o ministro Joel Ilan Paciornik, relator do conflito, entendeu pela possibilidade de se caracterizar um crime a distância, eis que as ameaças foram praticadas no território norte-a-

mericano, com conhecimento de seu teor pela suposta vítima no Brasil. Em que pese o reconhecimento da inexistência/tipificação de crime previsto em tratado ou convenção internacional dos quais o Brasil seja signatário, como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o relator destacou que o argumento de ausência de tipificação em convenção internacional foi derrubado pelo STF ao analisar casos de pedofilia por meio da rede mundial de computadores. Em julgamento com repercussão geral configurada, o STF concluiu que o Estatuto da Criança e do Adolescente é derivado de acordos internacionais celebrados pelo Brasil (RE 628624 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 28/04/2011, DJe-156 DIVULG 15-08-2011 PUBLIC 16-08-2011 EMENT VOL-02566-01 PP-00132).

Nesse sentido, o ministro relator exarou que "À luz do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, embora as convenções internacionais firmadas pelo Brasil não tipifiquem ameaças à mulher, a Lei Maria da Penha, que prevê medidas protetivas, veio concretizar o dever assumido pelo Estado brasileiro de proteção à mulher"¹⁶⁹⁶.

1696 CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ESTADUAL X JUÍZO FEDERAL. AMEAÇAS DE EX-NAMORADO A MULHER VIA FACEBOOK. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. BOLETIM DE OCORRÊNCIA PERANTE AUTORIDADE POLICIAL BRASILEIRA. PEDIDO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA AO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO. REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA QUE DISPENSA FORMALIDADES. AMEAÇAS REALIZADAS EM SÍTIO VIRTUAL DE FÁCIL ACESSO. SUPOSTO AUTOR DAS AMEAÇAS RESIDENTE NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. CRIME À DISTÂNCIA. FACEBOOK. SÍTIO VIRTUAL DE FÁCIL ACESSO. INTERNACIONALIDADE CONFIGURADA. O BRASIL É SIGNATÁRIO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO À MULHER. A LEI MARIA DA PENHA DÁ CONCRETUDE ÀS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS FIRMADAS PELO BRASIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Está caracterizada nos autos inequívoca intenção da vítima em fazer a *notitia criminis* do delito de ameaça, sendo certo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ é firme no sentido de que a representação da ofendida, nas ações penais públicas condicionadas, prescindem de formalidade. Precedentes. No caso concreto, o boletim de ocorrência, que instrui o presente incidente, demonstra de forma clara que a suposta vítima narrou as ameaças sofridas, relatou à autoridade policial que estava com medo, sendo evidente sua intenção de apuração dos fatos delituosos. A vítima também peticionou junto à Justiça Federal pleiteando os benefícios da justiça gratuita, bem como medidas protetivas, narrando, com clareza cristalina, que o suposto autor delituoso praticou ameaça descrita no art. 147 do Código Penal - CP. Diante disso, identifica-se que houve narrativa de fato típico, sendo evidente a intenção da vítima de dar conhecimento dos fatos às autoridades policiais e judiciárias, a fim de que fosse garantida a sua proteção. Trata-se, portanto, de pedido de medida protetiva de natureza penal. 2. Segundo o art. 109, V, da Constituição Federal - CF, compete aos juízes federais processar e julgar "os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente." Encontrando-se o suposto autor das ameaças em território estrangeiro, uma vez que não se tem notícia do seu ingresso no país, tem-se um possível crime à distância, tendo em vista que as ameaças foram praticadas nos EUA, mas a suposta vítima teria tomado conhecimento do seu teor no Brasil. 3. O Brasil é signatário de acordos internacionais que asseguram os direitos das mulheres - a exemplo da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994) e Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979), promulgada pelo Decreto n 84.460/1984. Tais convenções apresentam conceitos e recomendações sobre a erradicação de qualquer forma de discriminação e violência contra as mulheres. Em situação semelhante ao caso concreto, o argumento da competência da Justiça Estadual diante da ausência de tipificação em convenção internacional foi derrubado pelo Supremo quando da análise de crimes de pedofilia na Internet. Com efeito, em julgamento de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, o Ministro Marco Aurélio, relator do feito, entendeu pela competência da Justiça Estadual fundamentando não haver tratado endossado pelo Brasil prevendo crime, mas apenas a ratificação do Brasil à Convenção sobre os Direitos da Criança da Assembleia das Nações Unidas. Todavia, o Ministro Edson Fachin abriu divergência e foi seguido pela maioria do Plenário. Segundo a tese vencedora, o Estatuto da Criança e do Adolescente é produto de tratado e convenção internacional subscritos pelo Brasil. (RE 628.624, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-062 DIVULG 05-04-2016 PUBLIC 06-04-2016) Destarte, à luz do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, embora as Convenções Internacionais firmadas pelo Brasil não tipifiquem o crime de ameaça à mulher, a Lei Maria da Penha, que prevê medidas protetivas, veio concretizar o dever assumido pelo Estado Brasileiro de proteção à mulher contra toda forma de violência. 4. No caso concreto é evidente a internacionalidade das ameaças que tiveram início nos EUA e, segundo

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos anos sensíveis avanços podem ser observados para a salvaguarda dos direitos das mulheres, todavia, ainda incapazes de se efetivar a plena proteção destes direitos. A desigualdade de gênero é uma realidade no Brasil, em especial arraigada nos valores e costumes da nossa sociedade. De fato, existem políticas nacionais e internacionais em prol da proteção dos direitos da mulher. No entanto, é necessário que todas as culturas reconheçam que a violência contra a mulher é um atentado aos Direitos Humanos, que deve ser, permanentemente, combatido.

Observa-se que a luta pela igualdade efetiva dos direitos das mulheres necessita de outras estratégias para além daquelas que já existem, uma vez que se trata, especialmente, da necessidade de se criar uma nova cultura que enxergue a mulher com um novo enfoque/papel na sociedade.

Os Direitos Humanos visam resguardar os valores fundamentais da pessoa humana, tais como: igualdade, fraternidade, liberdade e dignidade. Para se alcançar esses objetivos em âmbito global, é preciso uma mudança de mentalidade em muitas sociedades, em que o papel dos organismos internacionais mostra-se crucial para a materialização de uma ferramenta, diga-se de passagem, significativa para a construção e disseminação de novos modos de pensar e agir. Assim, políticas públicas aliadas a movimentos sociais (ferramenta auxiliar), bem como o preponderante papel exercido pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos são fundamentais para a ampliação, efetivação/incrementação dos Direitos das mulheres e repressão de atos de violência.

A jurisdição internacional é uma importante ferramenta para a consolidação de direitos humanos em que o domínio privado pode ser devassado para se resguardar os direitos fundamentais que não foram devidamente protegidos / garantidos em âmbito interno. No caso Maria da Penha, a decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos possibilitou avanços significativos nas políticas nacionais de proteção à mulher, em especial com a publicação da Lei Maria da Penha, como é genericamente conhecida e que protege as mulheres contra a violência doméstica, uma das formas mais comuns de violência contra as mulheres no Brasil. Aliás, dita lei foi responsável por tipificar a violência doméstica e familiar contra a mulher como uma das formas de violação dos direitos humanos, além de caracterizar a violência psicológica como forma de violência.

Inovou, também, ao adotar medidas protetivas para a mulher em situação de violência ou risco de vida, bem como medidas assistenciais, como a inclusão da mulher em situação de risco no cadastro de programas do governo federal, estadual e municipal.

relatado, tais ameaças foram direcionadas à suposta vítima e seus amigos, por meio da rede social de grande alcance, qual seja, o Facebook. 5. Conflito conhecido, para declarar a competência do o Juízo Federal da 1ª Vara de São José dos Campos - SJ/SP, o suscitado. (CC 150.712/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2018, DJe 19/10/2018).

Vê-se, portanto, que a tutela judicial é um importante caminho para a salvaguarda de direitos fundamentais das mulheres.

Nesse sentido, as recentes aplicações e interpretações dos dispositivos constantes da Lei 11.340/2006 tiveram seu espectro de abrangência ampliado, englobando situações para além das relações entre casais, sendo, pois aplicável a vários tipos de relacionamentos em que a vítima é subjugada pela condição do gênero feminino: mãe, filha, namorada ou irmã. Desse modo, o enfrentamento da violência de gênero, como fenômeno destrutivo dos processos de vida das mulheres, deve considerar que sua determinação ocorre tanto na dimensão da estrutura social como na dos grupos e dos indivíduos e famílias, tendo como forte componente a ideologia que perpassa as relações de gênero. Em realidade, a tomada de consciência e ampliação desses direitos, principalmente o reconhecimento de sua “fundamentalidade”, passou a ser um importante instrumento viabilizador da igualdade efetiva de gênero, não podendo, portanto, ser tratada como um fator discriminante em relação ao homem.

Vê-se, portanto, que o Sistema Interamericano se consolida como importante e eficaz estratégia de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. A Comissão e a Corte Interamericana contribuem para a denúncia dos mais sérios abusos e pressionam os governos para que cessem com as violações de direitos humanos, fortalecendo a *accountability* dos Estados.

De fato, a sociedade civil, especialmente os movimentos feministas, ainda hoje tem funções essenciais para a efetivação dos direitos das mulheres, a fim de tornar os espaços de discussão mais permeáveis às demandas dos movimentos sociais, ultrapassando, assim, as críticas do mundo jurídico. A necessária mudança cultural deve estar aliada às políticas públicas brasileiras, aos movimentos de Direitos Humanos e ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, uma vez que a violência contra a mulher implica uma considerável violação aos Direitos Humanos, sobretudo à dignidade humana, além de evidenciar uma relação de poder e domínio históricos de desigualdade entre homens e mulheres.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina. p. 105-117, 1999.
- BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: Da questão criminal à questão humana. *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina. pp. 19-80, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL, Senado Federal. *Panorama da violência contra as mulheres no Brasil (recurso eletrônico): indicadores nacionais e estaduais*. – N. 1 (2016). Brasília: Senado Federal, Observatório da mulher contra a violência, 2016.
- BRASIL. *Relatório Nacional Brasileiro*: Relativo aos anos de 1985, 1989, 1993, 1997 e 2001, nos termos do artigo 18 da CEDAW/ONU. Brasília: SPM, 2002.

BRASIL. *VI Relatório Nacional Brasileiro: Convenção pela Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres* — CEDAW/Organizações das Nações Unidas. Brasília: SPM, 2008.

BRASIL. Presidência da República. *Participação do Brasil na 29ª Sessão do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação da Mulher* – CEDAW. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARCEDO, A.; Sagot M. *Ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina: estudios de caso de diez países*. Washington, DC: Organización Panamericana de la Salud; 2000.

CARLOS, Paula Pinhal de; SILVA, Vanessa Ramos da. Gender-based violence and the court of justice of rio grande do sul: what is gender according to judges' speech and its repercussions on the enforcement of maria da penha law. *Revista de Estudos Empíricos em Direito Brazilian Journal of Empirical Legal Studies* vol. 5, n. 1, mar 2018, p. 49-66

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. A violência doméstica como violação dos direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 901, 21 dez. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7753/a-violencia-domestica-como-violacao-dos-direitos-humanos/print>

COMPARATO, Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte interamericana de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2008.

DONELLY, Jack. *Internacional human rights*. Colorado: West View Press, 2007a.

DONELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. New York: Cornell Universal Press, 2007b.

ELIAS, Robert. *The politics of victimization, victims, victimology and human rights*. New York – Oxford: Oxford University Press, 1986.

FACIO, Alda. Viena., *Cuando las mujeres nos hicimos humanas*. Fundación Justicia y género. Costa Rica, 1993.

FERREIRA, Jeffersson Drezett. *Estudo de fatores relacionados com a violência sexual contra crianças adolescentes e mulheres adultas*. Centro de referência da saúde da mulher e nutrição, alimentação e desenvolvimento infantil. São Paulo, abril de 2000.

GUEDES RN, SILVA ATMC, COELHO EAC. Violência conjugal: problematizando a opressão das mulheres vitimizadas sob olhar de gênero. *Rev Eletr Enferm*. [Internet]. 2007;9(2):362-78. Disponível em: <http://www.fen.ufg.br/revista/v9/n2/v9n2a06.htm>

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro. 10 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

LAI, Sarah Y.; RALPH, Regan E. Female sexual autonomy and human rights. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 08, p. 201-208.

LEONARDO, Francisco Antonio Morilhe. A efetividade da lei maria da penha quanto à orientação sexual. *Revista brasileira de políticas públicas* (online). Brasília. V. 6. N. 3., 2016. P. 209-221.

MAISEL, Margaret. Have truth and reconciliation commissions helped remediate human rights violations against women? A feminist analysis of the past and formula for the future. *Cardozo Journal of international law and comparative law*. Vol. 20, 2001-2012, p. 143-184.

MIGNOLO, Walter D. *Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Tradução de Solange Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2 ed. Ver. Ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos direito constitucional internacional*. 9 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. In: *Cadernos Jurídicos – Violên-*

cia Doméstica São Paulo, ano 15, nº 38, p. 21-34, Janeiro-Abril/2014

SILVA, Junior Edison Miguel da. *A violência de gênero na Lei Maria da Penha*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/26/2926>.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Democracia e feminismo: qual racionalidade? *Revista brasileira de estudos políticos*. Belo Horizonte. N. 114. PP. 199-222. Jan-Jun. 2017.

VICTORIA, Ignacio A. Boulín. Back to politics: lessons from the crisis of the Inter-american Commission on Human Rights. *Buffalo Human Rights Law Review*. Vol. 22 2016.

EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: UM ESTUDO DE CASO EM VITÓRIA DA CONQUISTA-BAHIA

Gabriela Andrade Fernandes

Maria da Conceição Fonseca-Silva

RESUMO: Ao tentar responder, de um lado, se a Lei Maria da Penha, quanto ao seu viés punitivo, tem revelado efetividade no cumprimento de sua finalidade social de coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher no município de Vitória da Conquista-Bahia, considerados o período anterior e o posterior à implantação de uma Vara Especializada; e, de outro lado, se a instituição de medidas e/ou implementação de órgãos previstos na Lei Maria da Penha mostra-se suficiente para a completa efetividade da Lei no que tange a prevenção de ocorrência de novos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, observamos, a partir do nosso *corpus*, constituído por mais de dois mil inquéritos e mais de mil processos judiciais que a memória arquivada nestes documentos indica inefetividade da Lei nº 11.340/2006. Para a análise dos dados empíricos mobilizamos pressupostos da Teoria da Norma Jurídica e do campo multidisciplinar da Memória.

PALAVRAS-CHAVE: Memória. Direitos Humanos das Mulheres. Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Efetividade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Metodologia; 3. A especificização dos direitos humanos; 4. A emergência dos direitos humanos das mulher; 4.1 A emergência da lei Maria da Penha; 4.1.1 Relatório n. 54 – caso n. 12.051; 4.1.2 A lei Maria da Penha; 5. A relevância da memória arquivada para a formação do corpus; 6. A efetividade da lei Maria da Penha em Vitória da Conquista-Bahia; 6.1 Observação por imposição de terceiro; 6.2 Observação espontânea; 7. Discussão teórico-empírica dos resultados; 7.1 Implicação da ineficácia social da lei maria da penha para a memória coletiva da violência praticada contra a mulher no âmbito doméstico e familiar; 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo analisamos a efetividade da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha –, quando de sua aplicabilidade pelo aparato estatal (policial e judicial) de proteção aos Direitos Humanos das Mulheres no município de Vitória da Conquista, assim como, a repercussão dos efeitos da não efetivação desses direitos para a memória coletiva das práticas de violência doméstica e familiar contra a mulher ocorridas nesta municipalidade.

A violência contra a mulher é significativamente expressiva no Brasil. Apesar disso, dados obtidos no levantamento realizado pelo Departamento de Pesquisas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) constatou que de cada cem mulheres agredidas

apenas uma vai ao Judiciário denunciar a violência sofrida. Segundo a mesma pesquisa, em todo Brasil tramitam mais de 1.270.000 processos de violência doméstica e familiar contra a mulher, deste montante 26,7 mil processos foram instalados junto às seis varas especializadas que atuam na Bahia. Em Vitória da Conquista, a vara especializada em violência contra a mulher foi instalada no ano de 2015.

Vitória da Conquista é um município do estado da Bahia, fundada há 234 anos. É a terceira maior cidade do estado com volume populacional de aproximadamente 350.000 habitantes. Antes da implantação da vara especializada, as lides envolvendo violência doméstica contra a mulher eram encaminhadas, pela Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher (DEAM), para as três primeiras varas criminais da comarca conquistense, após a conclusão dos respectivos inquéritos policiais.

O fato é que, inobstante em Vitória da Conquista já tenham sido implantados os dois principais órgãos previstos pela Lei Maria da Penha para o recrudescimento do sistema de punição àquele que comete violência doméstica e familiar contra a mulher – Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher e Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher –, a criação desses órgãos não tem se revelado suficiente para se chegar ao grau de atuação punitiva que se espera do Estado, muito menos para a prevenção de novos casos.

A leniência na investigação de inquéritos policiais e na apuração de processos judiciais envolvendo violência doméstica e familiar praticada contra a mulher conquistense, identificada em nossa pesquisa, foi a motivação que instigou a sua realização e resultou na tese de doutorado intitulada *Memória e eficácia social da Lei Maria da Penha no Município de Vitória da Conquista-Bahia*.

A paralisação de inquéritos policiais e processos judiciais viabiliza a incidência da prescrição de processos e obsta a publicização das lembranças da violência praticada contra a mulher tão relevante para a composição de uma memória arquivada. Isto nos leva a questionar e verificar se esses casos se referem a processos iniciados antes ou depois da implantação da Vara Especializada.

Diante desse quadro local, que aponta para uma ineficiência do aparato estatal – administrativo e judiciário – quanto à proteção dos direitos e da própria mulher, levantamos a primeira questão: *a Lei Maria da Penha, quanto ao seu viés punitivo, tem revelado efetividade no cumprimento de sua finalidade social de coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher no município de Vitória da Conquista-Bahia, considerados o período anterior e o posterior à implantação de uma Vara Especializada?*

Considerando, ainda, a realidade de Vitória da Conquista como uma das seis cidades baianas em que foi instituída Vara Especializada no combate à violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, e, na qual, também, já havia sido implementa-

da, dez anos antes, uma Delegacia Especializada na mesma problemática, levantamos a segunda questão: *Para a prevenção quanto à ocorrência de novos casos de violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, mostra-se suficiente, para a completa efetividade da Lei Maria da Penha nesse aspecto, a instituição de medidas e/ou implementação de órgãos nela previstos, tais como a Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher e a Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher?*

Para responder a essas questões, levantamos as seguintes hipóteses:

1. Quanto ao **viés punitivo**, a memória arquivada em processos inquisitoriais e judiciais sobre violência doméstica e familiar praticada contra a mulher em Vitória da Conquista indica que a Lei Maria da Penha não tem revelado efetividade *no cumprimento de sua finalidade social*, pois, processos, na sua maioria, aguardam, por muito tempo, pauta para audiência de instrução, e, verificado o decurso do lapso temporal prescricional previsto em Lei, o diálogo processual é interrompido, a punibilidade do agressor é extinta e o resultado é o efeito de “esquecimento jurídico” do fatos que ensejaram a denúncia de violência doméstica como se nada tivesse acontecido.

2. Em relação ao **aspecto preventivo**, a memória arquivada em processos inquisitoriais e judiciais sobre violência doméstica e familiar praticada contra a mulher em Vitória da Conquista indica que a implementação de medidas e a criação de órgãos de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, previstas na Lei Maria da Penha, não tem assegurado a prevenção da violência doméstica, sobretudo, quando da análise de **medidas protetivas de urgência e dos casos de reincidência**.

Este artigo está organizado em nove seções. Na seção 2 temos a descrição das técnicas e dos métodos de análise. Na seção 3 abordamos a o procedimento de especialização dos Direitos Humanos. A discussão acerca de tratados e convenções internacionais quanto à proteção aos direitos fundamentais das mulheres, bem como, a análise do caso Maria da Penha, são abordados na seção 4. A relevância conceitual da memória arquivada desenvolvida por Ricoeur (2007) para a compreensão e a formação do *corpus* é tratada na seção 5. Já na seção 6 discutimos os resultados da pesquisa acerca de uma possível inefetividade no modo como a Lei Maria da Penha vinha sendo aplicada em Vitória da Conquista-Bahia sob os aspectos punitivo e preventivo. Na seção 7 apresentamos as implicações da não efetivação dos Direitos Humanos da *mulher conquistense* sobre a memória coletiva das práticas de violência doméstica e familiar a elas infligidas que, devido a inércia judicial na instrução processual, e consequente prescrição da pretensão punitiva de demandas processuais, as vítimas não mais poderiam narrar sua versão, tão pouco, discutir processualmente as agressões sofridas. Após as discussões travadas ao longo dos tópicos anteriores, as hipóteses restaram confirmadas na seção 8. Por fim, na última seção, temos as referências bibliográficas que embasaram este trabalho.

2. METODOLOGIA

A metodologia incidiu sobre a investigação bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica se deteve no campo do saber jurídico quanto ao conceito de validade e eficácia normativa extraído dos estudos desenvolvidos por Silva (1982), Reale (2002), Barroso (2000) e Ferraz (1994) sobre a Teoria da Norma Jurídica. No campo multidisciplinar da memória mobilizamos conceitos operacionais de “memória subterrânea” de Pollak (1989); de “memória coletiva” de Halbwachs ([1950] 2003); “memória arquivada” e “memória manipulada”, de Ricoeur (2007) travadas em sua obra *A memória, a história e o esquecimento*, quanto aos usos e abusos da memória e do esquecimento comandado. O *aspecto mneumônico* perpassa todo o texto.

A pesquisa documental, por sua vez, recaiu sobre inquéritos policiais e processos judiciais referentes às demandas de violência doméstica e familiar contra a mulher intentadas no município de Vitória da Conquista. A constituição do *corpus* se deu em duas etapas. Identificamos e catalogamos, na primeira etapa, 2.686 (dois mil e seiscentos e oitenta e seis) inquéritos policiais (doravante IPs) instaurados pela DEAM e 1.165 (mil e cento e sessenta e cinco) processos judiciais (ações penais e ações de concessão de medidas protetivas de urgência) que tramitaram junto às três primeiras varas criminais da Comarca conquistense; e, na segunda etapa, 461 (quatrocentos e sessenta e um) processos judiciais em trâmite na recém-criada Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar, com vistas a realização de uma análise comparativa quanto à eficácia da Lei Maria da Penha antes e depois da instalação da Vara Especializada. Os dados coletados nesses arquivos “públicos” foram tratados de forma qualitativa e quantitativa.

Especificamente em relação à análise do *corpus*, partimos do método hipotético-dedutivo e do método comparativo. Para tanto, mobilizamos duas categorias analíticas que nos permitiram aferir o grau de efetividade da Lei Maria da Penha, a saber: i) **efetividade por observação espontânea** – que verifica quando a sociedade observa, espontaneamente, a norma jurídica; e ii) **efetividade por imposição de terceiro** – que verifica quando a lei é observada de modo coercitivo em função da atuação do aparato estatal repressor (Polícia Judiciária e Poder Judiciário).

A partir dessas categorias, consideramos que a Lei Maria da Penha terá uma forte efetividade se a atuação do aparato estatal for capaz de impedir novas intercorrências de violência doméstica e familiar contra a mulher, ou seja, o **sentido forte** da efetividade se verifica **quando o sistema penal de proteção às mulheres se revelar apto a punir, exemplarmente, agressores e a prevenir novas violências**.

Em contrapartida, **a Lei Maria da Penha apresentará um grau fraco de efetividade, se o sistema penal de proteção às mulheres, previsto pela norma, em vez de protegê-las, duplicar sua vitimação**, ou seja, em um primeiro momento, a ofendida é agredida por diversas condutas masculinas estereotipadas que a coisificam

e acabam por redundar na prática de uma ação violenta que lhe é dirigida; e, em um segundo momento, pela violência institucional exercida pelo aparato estatal de proteção (policial e judiciário) que, devido à leniência, sobretudo, no deslinde de processos judiciais, acaba por propiciar, de forma indireta, o perdão do agressor e o silenciamento dos primeiros testemunhos – em especial aquele deflagrador da denúncia ministerial –, ocorridos em função da incidência da prescrição que resulta na extinção do direito de punir do Estado.

Por fim, em nossas considerações finais, buscamos identificar os elementos ensejadores da verificação da efetividade da lei quando de sua aplicabilidade e confrontá-los com as discussões trazidas por Ricoeur (2007), no tocante a uma fenomenologia da memória e suas imprecisões quanto à confiabilidade do testemunho – aqui entendido como o depoimento pessoal da ofendida –, elemento inaugural de uma memória arquivada em inquéritos policiais e processos judiciais, cotejando as deficiências procedentes de um “esquecimento de fuga e sua estratégia de evitação motivada por uma obscura vontade de não se informar, de não investigar o mal cometido pelo meio que cerca o cidadão” (RICOEUR, 2007, p. 455), por um querer-não-saber.

3. A ESPECIALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A singularidade do sujeito e a busca pela concretude dos direitos humanos fizeram emergir a última etapa do processo de internacionalização dos direitos humanos, qual seja, o processo de especialização, que culminou na formação de um sistema especial de proteção, manifestado por meio de pactos e convenções internacionais que tratam de questões específicas assentadas nos princípios da igualdade e da não discriminação, pois, enquanto a igualdade visa à inclusão social de grupos que sofrem um constante padrão de violência, a exemplo das mulheres, a discriminação pressupõe a violenta exclusão.

Nesse sentido, a igualdade deve ser assegurada com o respeito à diversidade, à diferença, sendo necessária, ao mesmo tempo, a distribuição de prerrogativas (direitos assegurados pela lei), segundo critérios socioeconômicos e históricos, visando à equiparação de sujeitos socialmente desiguais.

Simultaneamente à fase de especificação dos sujeitos de direito, o processo de internacionalização dos direitos humanos ganha novos contornos com a regionalização dos sistemas especiais de proteção desses direitos, ou seja, iniciativas regionais – a exemplo do sistema americano denominado de Organização dos Estados Americanos (OEA) – deflagraram a criação de sistemas normativos próprios, com a elaboração de pactos e convenções regionais de proteção de direitos específicos, como o respeito à vida, à incolumidade física e moral de determinado grupo de pessoas, vítimas das práticas de genocídio, de tortura e de discriminação étnica e de gênero (CAVALCANTI, 2012).

A especialização e a regionalização dos direitos humanos visam à abolição e à erradicação dessas práticas, tendo em vista o fato de Estados nacionais, adeptos ou não da Declaração Universal dos Direitos do Homem, violarem, de forma direta ou indireta, direitos e liberdades fundamentais de certos indivíduos – a exemplo das discriminações de gênero infligidas às mulheres –, ferindo, assim, a sua dignidade. A discriminação relativa a determinados indivíduos em benefício de outros viola, a um só tempo, a igualdade formal e a igualdade material desses mesmos (sujeitos de) direitos, também merecedores do respeito estatal aos seus direitos humanos.

A especialização e regionalização, cada vez maiores dos sistemas de proteção dos direitos humanos, enquanto tendência normativa internacional, são essenciais ao controle e monitoramento permanente de implementação desses direitos, denominado internacional *accountability*, pois permite à comunidade internacional observar as ações e omissões de países signatários quanto ao cumprimento de pactos regionais de Direitos Humanos e à aplicação de sanções na hipótese de violação a alguma das cláusulas pactuadas.

Atualmente, o Brasil associa-se, no plano regional, à Organização dos Estados Americanos, cujo propósito é salvaguardar direitos, objetivando a máxima eficácia na tutela de proteção aos direitos humano sendo constituída segundo modelo de prestação jurisdicional, com poderes de coerção e sanção destinados à imposição de suas decisões aos Estados-membros transgressores (LUCK, 2010).

No próximo tópico analisaremos a nova sistemática normativa de direitos humanos voltados às mulheres que emergem neste cenário de especialização voltado à prevenção da discriminação e à proteção de mulheres vítimas de violência de gênero.

4. A EMERGÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHER

Nas discussões sobre a condição da mulher¹⁶⁹⁷ nos diversos setores da sociedade civil, realizadas em quatro conferências internacionais¹⁶⁹⁸, a pauta da agenda contemplava questões específicas do gênero feminino – vida livre de discriminação, exploração e violência sexual –, que culminou na elaboração de dois importantes documentos internacionais: a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW* (1979)¹⁶⁹⁹, proferida pela ONU, e, em nível regional, a *Convenção*

1697 A ideologia patriarcal se manifesta no comportamento individual ou coletivo de recusa em reconhecer a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, estabelecendo, assim, uma hierarquia de gênero que inferioriza o sexo feminino. De acordo com Saffioti (2001, p. 115) “a ideologia de gênero é insuficiente para garantir a obediência das vítimas potenciais aos ditames do patriarca, tendo este, necessidade de fazer uso da violência”.

1698 I Conferência Mundial sobre a Mulher (Cidade do México, 1975), II Conferência Mundial sobre a Mulher (Copenhague, 1980), III Conferência Mundial sobre a Mulher (Nairóbi, 1985) e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Beijing, 1995).

1699 A primeira ratificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher pelo governo brasileiro foi em 1º de fevereiro de 1984, com reservas a alguns dispositivos (Decreto legislativo Nº 93, de 14 de novembro de 1983. Promulgação: Decreto Nº 89.460, de 20 de março de 1984). Posteriormente, em 1994, tendo em vista o reconhecimento pela Constituição Federal brasileira de 1988 da igualdade entre homens e mulheres, em particular na relação conjugal, o governo brasileiro retirou as reservas, ratificando-o plenamente.

Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994)¹⁷⁰⁰. O tratado regional complementa a CEDAW, pois reconhece que a violência contra a mulher constitui uma violação aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Segundo Piovesan (2015, p. 364), a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher “se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade. A convenção trata do princípio da igualdade, seja como obrigação vinculante, seja como objetivo”. Nesse sentido, os Estados participantes assumem o compromisso de promover a igualdade formal e material e de fomentar a não discriminação contra a mulher mediante a adoção de medidas legislativas proibitivas de ações discriminatórias baseadas em questões de gênero, conjugadas com políticas compensatórias temporárias que acelerem a igualdade enquanto processo.

Isto porque, o preâmbulo da Convenção assinala o entendimento dos Estados-Partes para o problema da desigualdade de gênero e da necessidade de solucioná-lo, ao afirmar que “a participação máxima da mulher, em igualdade de condições com o homem, em todos os campos, é indispensável para o desenvolvimento pleno e completo de um país, para o bem-estar do mundo e para a causa da paz” (OEA, 1979).

Segundo essa perspectiva, a Convenção reconhece a existência da **desigualdade de gênero**, vivenciada por mulheres de todo o mundo, seja no âmbito privado, seja no âmbito público, pautada em preconceitos culturais e religiosos, avança, sem dúvida, para a efetividade dos Direitos Humanos das Mulheres, prescrevendo a necessidade de protegê-las nos diversos aspectos da vida humana.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, mais conhecida como Convenção de Belém do Pará tem como pressuposto a convicção de que a violência contra a mulher “constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais” (OEA, 1994, p. 2) e ofensa à sua dignidade, provenientes da manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens. Por conseguinte, a eliminação da violência contra a mulher torna-se “condição indispensável para seu desenvolvimento individual e social e sua plena igualitária participação em todas as esferas da vida” (OEA, 1994, p. 2).

A Convenção de Belém do Pará fincada no tríplice objetivo de erradicar, prevenir e punir a violência contra a mulher, reconhece os Direitos Humanos das Mulheres e ratifica a proteção ao exercício desses direitos.

Para assegurar a efetividade de suas prescrições, referida Convenção Interamericana estabeleceu dois mecanismos de monitoramento das ações estatais quanto ao seu

1700 A convenção de Belém do Pará foi adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos - OEA, em 6 de junho de 1994, e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 (Decreto legislativo Nº 107, de 31 de agosto de 1995 (Promulgação: Decreto Nº 1.973, de 1º de agosto de 1996).

cumprimento. O primeiro deles, ínsito no artigo 10, determina aos Estados-partes o dever de informar, periodicamente, as medidas adotadas e as dificuldades encontradas quanto ao compromisso de realizar medidas de natureza econômica, social, política e jurídica tendentes a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.

O segundo mecanismo se refere ao sistema de petições que compreende denúncias dirigidas à Comissão Internacional de Direitos Humanos (CIDH) acerca de violação às suas prescrições, seja por ação, seja por omissão dos Estados-membros. Esses mecanismos fiscalizatórios integram o sistema americano de proteção dos Direitos Humanos e são regulamentados pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de São José da Costa Rica.

O sistema de petições e comunicações ficam a cargo da CIDH e da Corte Interamericana. Podem apresentar petições de violação aos direitos humanos qualquer pessoa ou grupo de pessoas¹⁷⁰¹, ou ainda entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização. As comunicações podem ser oferecidas apenas por algum membro da Convenção contra ação ou omissão de algum Estado-parte signatário pertinente ao descumprimento de disposições do Pacto.

As petições devem ser apresentadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável por realizar o juízo de admissibilidade e avaliar se a petição atende às exigências constantes do artigo 46 do Pacto. De acordo com Marchioni (2015, p. 12-13), os pressupostos para admissão da petição dirigida à CIDH são:

1. **esgotamento da jurisdição interna:** leva-se em consideração a utilização de todos os recursos internos admissíveis pela jurisdição do Estado-membro denunciado, sob pena de interferência arbitrária da jurisdição internacional no ordenamento jurídico pátrio. Essa exigência admite exceções como: i) a hipótese de não haver previsão no ordenamento pátrio do princípio do devido processo legal; ou, ainda, ii) a hipótese de morosidade da prestação jurisdicional;

2. **prazo para apresentação da petição:** é de no máximo seis meses, a contar da notificação da decisão definitiva. Entretanto, caso haja a incidência de alguma das exceções elencadas, deve ser concedido um prazo razoável, a critério da Comissão;

3. **inexistência de duplicidade de procedimento e de coisa julgada:** é imperioso que o caso *sub judice* não haja sido apreciado e julgado anteriormente pela CIDH;

4. **caracterização de possível violação aos dispositivos da Convenção:** nesta fase, a CIDH não aprecia o mérito, mas tão somente avalia se o caso em apreço possibi-

¹⁷⁰¹ Importante avanço foi ratificação pelo Brasil, em 28 de junho de 2002, do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), que viabilizou a possibilidade de as denúncias individuais serem submetidas ao CIDH. Citemos, como exemplo, o caso Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, que expôs ao mundo a leniência do Judiciário brasileiro para com casos de violência doméstica contra as brasileiras.

litou ou não a violação de direitos protegidos pela Convenção, se confirmada a violação, esta poderá ensejar a condenação de um Estado participante.

Acolhida a petição, a Comissão pode solicitar informações ao denunciado acerca das alegações contra si apresentadas, estipulando prazo para entrega (art. 48, do Pacto de São José da Costa Rica). Transcorrido o prazo, duas soluções possíveis podem ocorrer: 1. possibilidade de composição amigável entre as partes, tendo a CIDH como intermediária. Tal acordo amistoso deve ser fundado no respeito aos direitos humanos reconhecidos na Convenção. Entretanto, se o denunciado não prestar as informações solicitadas, a Comissão pode realizar investigação, desde que com o prévio consentimento do Estado-membro denunciado. Em ambas as situações, a Comissão redigirá um relatório, no qual exporá os fatos e as conclusões a que chegou.

O relatório será encaminhado às partes interessadas e poderá conter recomendações e proposições no sentido de compelir o Estado violador dos direitos humanos a adotar medidas remediadoras compatíveis com o caso, *verbi gratia*, o pagamento de indenização pelos danos infligidos à vítima, pela ação ou omissão do Estado em zelar pelo fiel cumprimento do Pacto. A CIDH, também, poderá recomendar ao denunciado que faça alterações na sua Carta Política e na legislação ordinária a fim de erradicar as causas ensejadoras do desrespeito aos direitos humanos e que engendre ações afirmativas minimizadoras de desigualdades sociais, econômicas, culturais etc. Aludidas recomendações, se não forem acatadas, poderão ensejar a aplicação da penalidade máxima, qual seja, a expulsão do Estado-membro violador da Organização dos Estados Americanos.

Dessa forma, a Comunidade Internacional, por meio de entidades governamentais e não governamentais, busca fiscalizar as ações dos governos locais quanto à proteção dos Direitos Humanos das Mulheres na esfera privada e, ao mesmo tempo, quanto à implementação de políticas públicas inclusivas das mulheres na esfera pública.

À luz das considerações acerca da formação de um arcabouço jurídico internacional de proteção dos Direitos Humanos das Mulheres, discutimos, no próximo tópico, a violência contra as mulheres no Brasil, em especial, a violência doméstica e as políticas públicas de enfrentamento implementadas pelo governo brasileiro, sobretudo, após denúncia à CIDH de violação, por agentes do judiciário brasileiro, dos direitos à proteção e garantia judicial, ínsitos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da peticionária Maria da Penha.

4.1 A EMERGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA

A trajetória brasileira para se chegar a uma legislação de combate à violência contra a mulher está permeada de descasos e injustiças do Poder Público para com as mulheres. Em meados de 1990, foram encaminhadas à CIDH duas denúncias de violação

aos Direitos Humanos de mulheres brasileiras: o assassinato de Márcia Leopoldi pelo ex-namorado; e a dupla tentativa de homicídio de Maria da Penha Maia Fernandes pelo ex-marido, Marco Antônio Heredia Viveiros, em junho de 1983, na cidade de Fortaleza – Ceará. Fato este que lhe deixou paraplégica. Ambos casos retratam a morosidade do sistema criminal brasileiro para julgar e punir os culpados.

No caso Maria da Penha, 15 anos depois de instaurado processo criminal – com vistas a condenação de seu ex-marido por tentativa de homicídio –, ainda não havia sido concluído e o acusado estava na iminência de ser beneficiado com a prescrição dos crimes. A denúncia foi apresentada em 1998 à Comissão. Em relatório de 4 de abril de 2001, a CIDH admitiu a petição e considerou ter ocorrido violação aos direitos de proteção judicial e integridade da denunciante. Por fim, recomendou ao Brasil, dentre outras coisas, a conclusão do processo judicial, com responsabilização dos envolvidos pelo retardo processual; indenização da vítima; e adoção de políticas por parte do Executivo e Legislativo visando à eliminação da tolerância pelos agentes estatais para com a situação de violência doméstica vivenciada por mulheres brasileiras, sobretudo, a criação de legislação específica (SANTOS, 2008).

4.1.1 RELATÓRIO N. 54 – CASO N. 12.051

Em agosto de 1998, a CIDH recebeu denúncia individual¹⁷⁰² contra o Estado-membro Brasil de violação dos artigos 1(1), isto é, obrigação do signatário respeitar os direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em especial, a igualdade perante a lei (art. 24); o direito de ser ouvida, com as devidas garantias judiciais e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial (art. 8) e o direito a um recurso simples, rápido e efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais (art. 25), no mesmo sentido, foi invocado os artigos II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. A petição citou ainda a violação ao direito de toda mulher viver livre de violência tanto no âmbito público quanto privado (art. 3) e ao exercício pleno de seus direitos e liberdades relativo aos direitos humanos (art. 4 e 5), assim como, a violação do Brasil, enquanto Estado parte, em adotar os meios necessários à prevenir, coibir e erradicar a violência contra a mulher.

Argumentam os peticionários os seguintes eventos processuais que comprovam a violação dos artigos supracitados:

1. O retardo judicial de 8 anos entre a denúncia ministerial da tentativa de homicídio de Maria da Penha e a sentença condenatória, apesar dos esforços da acusação e de todas as provas apuradas na investigação judicial apontarem o réu, companheiro da vítima, como autor do delito.

¹⁷⁰² Peticionaram a denúncia a senhora Maria da Penha Maia Fernandes, o Centro de Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latina-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM).

2. Interposição de dois recursos apelatórios da defesa, ambos interpostos fora do prazo recursal, mas aceitos pelo tribunal cearense. O primeiro contra a decisão do Júri, sob a alegação de vícios na formulação de perguntas aos jurados que acabou por anular a decisão condenatória. O segundo pleiteando anulação da sentença de pronúncia, mas restou confirmada pelo tribunal que reconheceu haver indícios suficientes de autoria para levar o réu a Júri.
3. Iminência de perda da pretensão punitiva do Estado por efeito da prescrição do delito, haja vista terem se passados 15 anos sem uma condenação definitiva.

Diante desses eventos, os peticionários afirmam que o Brasil, neste caso, não tem respeitado seus compromissos internacionais de prevenir e reprimir a violência doméstica, nem de processar e punir os agressores dentro de um prazo razoável.

As petições aprestadas à Comissão passam por uma dupla análise. Inicialmente, é feita uma apreciação de sua competência para apreciar o caso, seguida do juízo de admissibilidade.

No caso 12.051 a CIDH considerou haver competência *ratione materiae*, *ratione loci* e *ratione temporis*, pois a petição trata de direitos protegidos pela Declaração Americana e, apesar de a agressão ter ocorrido em 1983 sob a vigência desta, à Comissão entende que a tolerância do Brasil para com a violência doméstica sofrida por Maria da Penha constitui uma “denegação contínua de justiça [...] que poderia impossibilitar a condenação do responsável e a reparação da vítima” (CIDH, 2001, p. 5). Quanto a competência *ratione personae* a Comissão aduz que a petição foi apresentada em conjunto pela vítima e por organizações não governamentais, os quais, estavam habilitados para representar contra o Estado brasileiro, conforme disposto no art. 44 da CADH e do art. 12 da Convenção de Belém do Pará, assim como, arguiu que o os Estados membros respondem, na âmbito internacional, não somente por seus atos, como também pelos atos de agentes que integram a federação.

Da análise do juízo de admissibilidade do caso 12.051, a Comissão entendeu que a petição atendeu aos requisitos estabelecidos no artigo 46 da CADH¹⁷⁰³, ou seja:

1. Embora não houvesse esgotado os recursos da jurisdição interna, o atraso injustificado do deslinde processual dispensaria essa exigência (CADH, art. 46, 2.c). Além disso, o Estado denunciado pode renunciar esta norma, mas como aponta o relatório n. 54, não o fez.

1703 CADH, Artigo 46: 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. 2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

2. Apesar do caso 12.051 não cumprir a exigência legal (CADH, art. 46, 1.b) de peticionar à CIDH em até 6 meses após o trânsito em julgado da demanda, posto que, não havia uma decisão final, a Comissão considerou que a petição fora apresentada em prazo razoável (CADH, art. 46, 2.c), pois o retardo processual poderia acarretar na prescrição do delito, e por consequência, na impunidade do agressor.
3. Consta a Comissão que os fatos denunciados na petição não foram apresentados a outra instância judicial (CADH, art. 46, 2, c), sendo admissível a petição.

A Comissão, ao receber uma petição a encaminha ao Estado denunciado solicitando informações acerca do caso. Ocorre que, passados mais de 250 da solicitação o Brasil não enviou nenhuma observação. Diante disso, os peticionários solicitam a presunção de veracidade dos fatos alegados na petição com base no artigo 42 do regulamento da Comissão. Em agosto de 1999 a CIDH solicita informações ao Brasil, advertindo-o da possibilidade de aplicação deste dispositivo, mas sem resposta. Um ano depois a Comissão se dispõe a realizar um acordo amistoso entre as partes. Mas nenhuma delas se manifesta interesse.

Segundo o artigo 48, número 1, letra “f” da CADH, a Comissão pode realizar uma investigação, com o prévio consentimento do Estado, a fim de apurar os fatos denunciados. Todavia, diante do silêncio do Estado brasileiro e da análise dos documentos juntados a petição decidiu apreciar o mérito do caso, pois “de todos os elementos de convicção disponíveis não surgem elementos que permitam chegar a conclusões diferentes” (CIDH, 2001, p. 7).

Concernente a alegação de violação aos direitos à justiça e às garantias judiciais e à proteção judicial, a Comissão considerou que as decisões judiciais internas brasileiras apresentaram ineficácia, negligência e omissão por parte das autoridades judiciais, isto porque o retardo injustificado no julgamento de um acusado, pode inviabilizar o direito de punir do Estado e a indenização da vítima em razão da incidência da prescrição, afinal já haviam transcorridos 17 anos do início do processo criminal e o delito de tentativa de homicídio prescreveria em 3 anos.

Ao analisar a alegação de violação ao direito a igualdade perante a lei, a Comissão apreciou, com base em estudos da legislação local e de relatórios de Nacionais de Direitos Humanos que as iniciativas do Brasil com a revogação da “defesa da honra”, em 1991, pelo Supremo Tribunal Federal, a vedação constitucional a discriminação em função do sexo e a instituição de políticas públicas de combate e enfrentamento à violência doméstica contra a mulher não surtiram efeito algum¹⁷⁰⁴.

Por fim, a Comissão apreciou a denúncia de violação ao artigo sétimo da Convenção de Belém do Pará quanto ao dever do Estado brasileiro de agir com o devido

1704 O relatório n. 54 cita a ineficiência, no caso Maria da Penha, dos Programas Nacionais de Direitos Humanos, Conselho Nacional dos Direitos da Mulher e o Programa Nacional para Prevenir a Violência contra a Mulher, bem como das delegacias especializadas que, com frequência, não investigam as denúncias apresentadas (CADH, 2001, p. 10).

zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; bem como de adotar medidas políticas, legislativas e jurídicas para combater essa modalidade de violência e, nesse sentido, admitiu que a impunidade que goza o agressor é um exemplo de contrariedade voluntária ao compromisso internacional assumido pelo Brasil.

O Relatório elenca as quatro recomendações a serem observadas pelo Estado brasileiro, a saber: conclusão rápida do processo penal de tentativa de homicídio de Maria da Penha; apurar responsabilidades pelo atraso injustificado do processamento do agressor; indenização da vítima¹⁷⁰⁵; e intensificação do processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil.

4.1.2 A LEI MARIA DA PENHA

Cinco anos após as recomendações da OEA, foi promulgada lei específica de proteção aos Direitos Humanos das Mulheres, a lei n. 11.340/2006 ou Lei Maria da Penha. Esta lei incorporou várias das reivindicações pretendidas por grupos de mulheres e pelo movimento feminista brasileiro e tem como objetivo prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra mulher e assistir as mulheres em situação de violência.

Diante dessa tríplice atuação, no aspecto **preventivo** a Lei nº 11.340/2006 instituiu medidas protetivas de urgência, que obrigam o agressor, por exemplo, ao afastamento do lar ou à vedação de se aproximar da vítima. Citemos também, a previsão de realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral.

Quanto ao aspecto **punitivo** a Lei Maria da Penha deu nova redação ao § 9º do art. 129 ao inserir a hipótese de violência doméstica como qualificadora do crime de lesão corporal, bem como, elevou a pena máxima de 1 ano para 3 anos. Além disso, referida lei inseriu causa de aumento de pena para a hipótese de violência doméstica praticada contra portadoras de deficiência em 1/3 (um terço).

Já a **assistência** à vítima é dada pela rede de integração formada pelo Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e serviços de segurança pública, saúde, assistência social, trabalho e habitação. Some-se a isso a criação de casas abrigo para alojar mulheres ameaçadas por seus companheiros.

Em 2012, foi classificada pelas Nações Unidas como a terceira melhor lei do mundo no combate à violência doméstica. Contudo, a implementação de programas e

1705 Por se tratar de recomendações, caberia ao governo e ao Judiciário do Estado do Ceará, onde ocorreu a violação de direitos implementar as medidas. Todavia, por seis anos, as reparações materiais não puderam ser obtidas porque dependiam da assunção de compromisso pelo Estado do Ceará. Somente em 2006, com a mudança de governo, foi concretizado pelo Estado a reparação material de Maria da Penha. Quanto as investigações dos responsáveis pela demora no processo criminal somente em 2008, após denúncia das petionárias da inércia estatal em apurar e atribuir responsabilidade, que o caso foi submetido ao CNJ. Desde então, a apuração dos responsáveis pela demora ocorre em nível federal (RAMOS, GLEZER et al., 2013, p. 49).

diretrizes fundamentais ao bom funcionamento dessa lei vem acontecendo lentamente em face da demanda social.

Estatística levantada no Mapa da Violência (2012) evidencia que, nos últimos 30 anos (1980-2010), foram registrados no Brasil 91 mil feminicídios; desse total, 43,5 mil somente nessa última década. O Mapa da Violência (2015) que avalia o homicídio de mulheres no Brasil afirma que o número de vítimas do sexo feminino passou de 3.937 em 2003 para 4.762 em 2013, ou seja, um incremento de 21% em 10 anos. Essas 4.762 mortes ocorridas em 2013 representam 13 feminicídios diários. Nesse cenário, a Bahia apresenta um crescimento de 159,3% da taxa de homicídio a cada 100 mil mulheres, perdendo apenas para Roraima com 343,9% e a Paraíba com uma taxa de 229,2%.

Conforme se depreende dos dados acima, os percentuais de homicídios e agressões dirigidos às mulheres em seu *habitat* ou em razão de vínculo de parentesco continuam elevados e estáveis. Tal fator demonstra que, apesar da frutífera legislação, a sua operacionalidade ainda fica aquém das necessidades reais.

5. A RELEVÂNCIA DA MEMÓRIA ARQUIVADA PARA A FORMAÇÃO DO CORPUS

A escolha pelo referencial teórico da memória arquivada em Ricoeur (2007) repousa no fato de se trazer à superfície a memória coletiva¹⁷⁰⁶ da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, tornando-a pública por meio do registro e da documentação de narrativas de mulheres nos órgãos de proteção dos direitos humanos e na similitude entre a atividade historiográfica e as atividades investigativa e processual de crimes, essencial para verificar a efetividade do modo de aplicação da Lei Maria da Penha. Ambos são métodos de investigação de fatos, deflagrados pelas narrativas de indivíduos que os vivenciaram; ambos os procedimentos são orientados por perguntas-chaves na busca da verdade e ambos almejam uma produção textual esclarecedora, ou seja, “o arquivamento do lado histórico, e o depoimento perante o tribunal, do lado judiciário, constituem usos determinados prescritos de um lado para a prova documental, do outro, para a emissão de uma sentença (RICOEUR, 2007, p. 172).

De acordo com Ricoeur (2007, p. 177), o arquivo é um lugar social de produção que abriga rastros documentais a testemunhar uma reminiscência. O arquivo tem início com um testemunho oral que, uma vez registrado, produz uma memória “arquivada, documentada” (RICOEUR, 2007, p. 189).

¹⁷⁰⁶ A memória, em Halbwachs (2003), baseia-se na ideia de que existem *quadros sociais da memória*. Isso significa que a memória, como fenômeno social e coletivo, atualiza o passado em função do relacionamento que o indivíduo mantém com as instituições sociais (família, Igreja, escola, trabalho, partido político etc.). Para o autor, “nossos sentimentos e nossos pensamentos mais pessoais têm sua origem em meios e circunstâncias sociais definidos” (HALBWACHS, ([1950] 2003), p. 41).

No Brasil, a persecução criminal é atividade exclusiva do Estado, pois o ordenamento jurídico veda a justiça privada. A tarefa de investigar e apurar fatos delituosos e punir os respectivos autores está alicerçada em duas etapas, sob a direção de duas instituições distintas, a saber: (1) etapa investigativa preliminar, realizada pela Polícia Judiciária, de caráter inquisitório, cujo escopo é a apuração de um fato delituoso, mediante a composição de um arquivo, denominado inquérito policial; (2) última etapa investigativa, de natureza judicial e definitiva, realizada pelo Poder Judiciário, a partir da composição de um segundo arquivo, denominado processo penal (TOURINO FILHO, 2005).

A relevância do registro público da memória individual da prática de violência doméstica contra a mulher reside em viabilizar a discussão da natureza criminosa dessa prática e de seu caráter político, que suscita a intervenção do Poder Público na esfera privada.

Os testemunhos escritos e as provas documentais produzidos nos autos do inquérito policial e do processo penal são rastros, indícios que possibilitam ao consultor não só decifrar o fato delituoso, como, também, acessar o passado (uma memória “de apoio”) para compreender e explicar a realidade.

A confrontação dos testemunhos como técnica de confiabilidade da memória (RICOEUR, 2007), no âmbito judicial, instaura o contraditório processual, sendo de suma importância para o convencimento do juiz quando da prolação da sentença (CAPEZ, 2012). Afinal, é princípio constitucional que toda lesão ou ameaça ao direito deverá ser apreciada pelo Poder Judiciário. Todavia, inquiremos: qual a consequência do silenciamento processual – decorrente da paralisação de processos judiciais de violência doméstica e familiar que aguardavam incólumes o agendamento de audiência de instrução – para a memória coletiva da violência infligida à mulher no âmbito doméstico e familiar?

6. A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA EM VITÓRIA DA CONQUISTA-BAHIA

De acordo com Reale (2002), o Direito apresenta uma função social que consiste em atribuir valores a determinadas situações da vida, interesses e bens, regulando sua distribuição entre os indivíduos com o escopo finalístico de alcançar a pacificação dos conflitos em sociedade. A necessidade de paz, de ordem e de supremacia do bem comum conduz à criação de regras que venham a instrumentalizar e reger esses valores.

O processo de adaptação axiológico do Direito a novos paradigmas (valores sociais) é realizado por meio de normas jurídicas que fixam limites à liberdade humana, impondo condutas positivas (um fazer) ou negativas (um não fazer).

Assim, quando o Direito elege determinadas categorias de fatos humanos, por exemplo, a violência doméstica e familiar, e os faz integrar a uma estrutura normativa

coercitiva capaz de produzir seus efeitos, mesmo contrariando a vontade daqueles que não se ajustem à norma, tem-se que a observação e o cumprimento de preceitos legais pelo corpo social poderão ser espontâneos ou obrigatórios, afinal, somente no plano jurídico pode-se exigir compulsoriamente de uma pessoa um *fazer* ou um *não fazer*.

A proteção à família é um valor constitucional que a Lei Maria da Penha tem por finalidade resguardar; a violência ocorrida no âmbito de suas relações é o fato social que instiga o legislador a elaborar uma regulamentação disciplinadora da conduta humana, considerando as partes envolvidas e o modo como essa modalidade de violência se expressa. Nesse sentido, ao se identificar na práxis social que as relações travadas entre as partes antagônicas são heterônomas, havendo uma vantagem (financeira, moral, sexual, laboral etc.) ilícita que beneficia uma parte em detrimento do direito da outra – no caso em tela, dos Direitos Humanos das Mulheres – então, o legislador, ao elaborar a norma disciplinadora, buscará estabelecer uma equivalência jurídica entre os indivíduos em conflito, pela imposição de medidas legais e pelo reconhecimento de direitos à parte prejudicada, em geral, socialmente mais vulnerável a sofrer abusos em seus direitos.

Segundo a melhor doutrina (FERRAZ, 1994; DINIZ, 1991; REALE, 2002; BOBBIO, 1995), a norma jurídica, enquanto estrutura enunciativa, comporta uma taxionomia variável, ou seja, a classificação multiforme a que está sujeita uma lei é determinada por diversos critérios (quanto ao conteúdo, aos efeitos, aos destinatários, à imperatividade etc.). Consoante essa perspectiva, podemos afirmar que a Lei Maria da Penha é uma norma de conduta imperativa absoluta e de observação obrigatória, pois impõe a abstenção de condutas a seus destinatários, a exemplo das medidas de urgência que obrigam o agressor (à suspensão de porte de arma, proibição de aproximar-se da vítima e com ela manter contato por qualquer meio etc.) e impõem a observância de certas ações, em razão das especificidades da lei.

Diante dessa perspectiva, este trabalho foi direcionado à análise de duas categorias inter-relacionadas: (1) *observação por imposição de terceiro* que se verifica quando a norma jurídica é observada de modo coercitivo, em decorrência da atuação do aparato estatal repressor (Polícia Judiciária e Poder Judiciário) e a (2) *observação espontânea*, que se verifica quando a sociedade observa espontaneamente a norma jurídica, ou seja, quando a simples previsão na Lei n. 11.340/2006 de mecanismos inibitórios de condutas indesejáveis, a exemplo, das Medidas Protetivas de Urgência (art. 22) e a possibilidade de prisão preventiva (art. 42) do agressor for suficiente para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar.

6.1 OBSERVAÇÃO POR IMPOSIÇÃO DE TERCEIRO

De acordo com Silva (1982), Reale (2002) e Ferraz (1994), infringido o mandamento legal, em virtude de inobservância espontânea, o infrator estará sujeito às conse-

quências da lei pela imposição judicial de uma sanção, em geral, cerceadora da liberdade de ir e vir. No entanto, conforme pudemos observar em inquéritos referentes a crimes de ameaça, nem mesmo a possibilidade de punição prevista em lei, tampouco o receio de encarceramento, decorrente de futura punição, eram capazes de inibir o infrator de prosseguir com a prática delituosa.

Relata a comunicante que seu marido, [...] fala que vai lhe matar, se ela lhe deixar, **diz: eu posso ir preso, mas, quando sair eu te mato**, o mesmo já lhe agrediu fisicamente em outras ocasiões, bem como, já lhe tentou furar, por duas vezes, uma armado com uma faca e a outra com um pedaço de vidro (INQUÉRITO n. 137, p. 6). Grifo nosso.

Diante dessa e de outras situações semelhantes identificadas na pesquisa empírica da memória arquivada de inquéritos e processos judiciais que, *a priori*, sinaliza para uma inefetividade da Lei Maria da Penha quanto ao cumprimento de sua finalidade social, despertou-nos o interesse de investigar o modo como a lei vem sendo aplicada pelo aparato estatal de proteção dos Direitos Humanos das Mulheres em Vitória da Conquista.

A política criminal brasileira de enfrentamento da violência doméstica e familiar, inicialmente, optou pela instituição de Delegacias Especiais cujos postos de trabalho (atendente, escrivão e delegado) fossem ocupados por mulheres, com a pretensão de oferecer um atendimento humanizado e sensível à vítima (art. 8º, IV), evitando-se os constantes constrangimentos a que eram submetidas as mulheres quando recorriam a outras delegacias.

Em nossa visita à DEAM conquistense, buscamos examinar inquéritos policiais instaurados nos anos de 2013 e 2014, dos quais identificamos e catalogamos um total de 2.651 inquéritos viáveis a nossa pesquisa. A análise desses documentos públicos, além de possibilitar a identificação das modalidades de violência doméstica mais frequentes, permitiu-nos observar o quantitativo de reincidências e de inquéritos concluídos e enviados ao Ministério Público para a deflagração da competente ação penal, assim como a demanda de tempo dispendida entre a instauração e a conclusão de cada inquérito e consequente cumprimento ou não de prazos legais¹⁷⁰⁷.

Após a realização das diligências estabelecidas no art. 12 da Lei 11.340/2206, compete à delegada produzir o relatório – peça formal de encerramento do Inquérito Policial¹⁷⁰⁸ –, no qual deverá descrever como se deram os fatos depois de apurados e das provas colhidas. Cumprida essa formalidade, concluso estará o inquérito e poderá ser remetido ao órgão ministerial para que deflagre a competente ação penal ofertando

1707 O processamento das formalidades legais para a conclusão do inquérito demanda dispêndio de tempo, sendo, segundo entendimento do legislador, a situação do indiciado que vai determinar o prazo legal para a conclusão do inquérito. Assim, se o indiciado estiver em liberdade, a autoridade policial deverá concluir as investigações no prazo de trinta dias, contados do recebimento da *delatio criminis*. Ao contrário, se o indiciado estiver preso, o prazo será de dez dias, contados da efetiva prisão. Esse prazo só pode ser prorrogado uma única vez e com aquiescência do Ministério Público e autorização do juiz, desde que devidamente justificado.

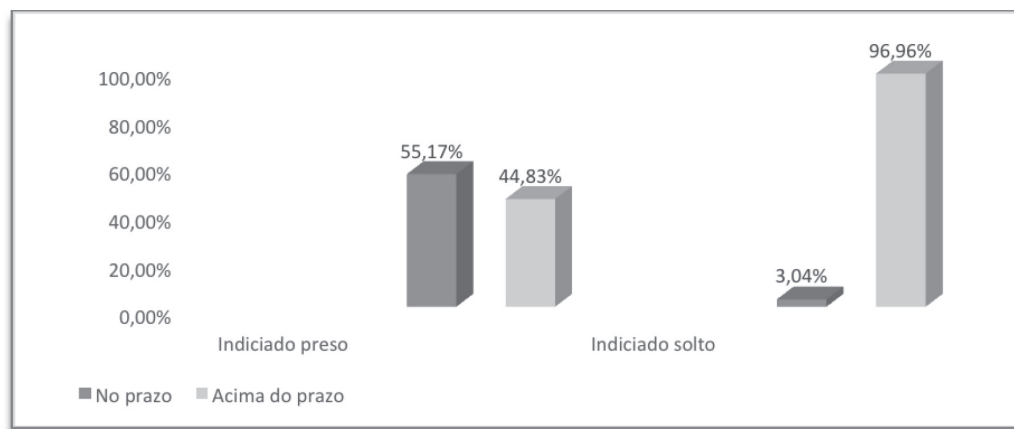
1708 A partir desse ponto iremos tratar a expressão Inquéritos Policiais pela sigla IPs.

denúncia ao juízo competente para que este, após constatar a ausência de alguma das causas que ensejam a rejeição liminar da denúncia, receba-a e determine a citação do réu para, em dez dias, responder às acusações por escrito. Uma vez apresentada a defesa e não havendo nenhum dos requisitos para absolvição sumária, o juiz designará audiência, iniciando-se, assim, a instrução criminal.

Na pesquisa empírica, observamos que, no ano de 2013, foram enviados à justiça um total de 383 IPs concluídos. Desse volume, 87 eram autos de prisão em flagrante e 296 IPs eram portarias¹⁷⁰⁹; subtraindo esses valores do total de IPs instaurados em 2013, cerca de 1.331, teremos o número de inquéritos em aberto (inconclusos) – um total de 948 IPs.

Quanto à observância dos prazos, os números demonstram duas situações bem distintas, a saber, nos inquéritos iniciados em razão de *flagrante* delito, o volume de IPs concluídos no prazo ultrapassa a casa dos 50%, ou seja, do montante de 87 inquéritos, 48 deles observaram o prazo, e 39 foram concluídos depois de expirado o prazo legal. Em contrapartida, os inquéritos iniciados por *portaria* apresentam uma significativa queda de percentual quando comparado aos IPs com indiciado preso, exíguos 3% dos inquéritos cumpriram o prazo de 30 dias, isto é, das 296 portarias, apenas 9 observaram o prazo legal.

Gráfico 1 - Quantitativo de inquéritos instaurados no ano de 2013 distribuídos por tipo de indiciamento e cumprimento de prazo.



Fonte: Delegacia Especial de Atendimento à Mulher de Vitória da Conquista, 2015.

Igual cenário se vislumbra no ano seguinte, pois, do total de 1.320 IPs instaurados em 2014, apenas 5,68% foram cumpridos no prazo legal: 43 flagrantes e 32 portarias. Do total de 73 inquéritos com indiciado preso, cerca de 58,90% observaram o

¹⁷⁰⁹ Durante a análise dos dados identificamos a *portaria* – peça inaugural de inquéritos com indiciado solto – como sendo a maioria dos IPs catalogados, seguida por *autos de prisão em flagrante*, peça inicial de inquérito com indiciado preso e, em número reduzido, encontramos *requisições do Ministério Público* como documento inaugural de IPs, no qual, o membro do *parquet* solicita apuração de denúncias.

prazo. Novamente, no que tange aos inquéritos com indiciado solto, os dados sinalizam para uma desproporção entre os IPs que cumpriram o prazo e aqueles que extrapolaram. Assim, do total de 468 IPs concluídos, apenas 32 deles (2,69%) observaram o prazo de 30 dias, os demais, 436 IPs, foram concluídos após o vencimento do prazo.

Comparando-se os dados de inquéritos instaurados nos dois períodos (2013 e 2014) que seguiram todo o trâmite legal dentro do prazo, notamos uma divergência significativa entre a investigação policial de delitos de violência doméstica e familiar com indiciado preso em flagrante, mais de 50% de IPs foram concluídos dentro do prazo, daqueles IPs em que o investigado responde em liberdade, menos 3,5%, concluídos em trinta dias. Confrontando o tempo mínimo (36 dias) e o máximo (756 dias) entre a instauração e o encerramento de IPs com indiciado solto, obtivemos uma média de mais de cem dias dispendidos por inquérito.

Da perspectiva da efetividade, a inobservância do prazo, pela Delegacia Especializada, para a composição e encerramento deste arquivo público (IP) estimula casos de reincidência e a desistência da ofendida, ao se revelar como um procedimento investigativo lento e pouco eficaz na prevenção e repressão de práticas criminosas de violência doméstica e familiar.

Outro dado de relevo, resultante da análise dos prazos, refere-se a estimativa de IPs inconclusos por ano-calendário. Assim, segundo o levantamento de dados que ensejou a feitura deste trabalho, do contingente de 1.331 IPs instaurados em 2013, apenas 390 deles foram concluídos no mesmo ano-calendário¹⁷¹⁰. Este valor representa 29,30% do total. Esse fenômeno se repete quanto aos inquéritos instaurados no **ano de 2014**. Assim, do total de IPs instaurados pela DEAM, cerca de 1.320 inquéritos válidos, apenas 472 deles, cerca de 35,76%, completaram todo o procedimento investigatório. Foram encaminhados ao órgão ministerial 257 IPs (19,4%) concluídos no ano de 2014.

Para sermos fidedignos às análises e considerando que alguns IPs se iniciam nos últimos meses do ano-calendário, acrescentamos, mais um ano a nossa investigação empírica. Nesse sentido, constatamos que dos IPs instaurados em 2013 e não remetidos ao Judiciário (208 IPs), apenas 15,6% deles restaram concluídos. Igualmente, quanto aos IPs iniciados em 2014, apenas 215 IPs (16,2%) foram concluídos no ano seguinte (2015). Somando-se os percentuais do ano-calendário inicial (2013 e 2014) com o ano seguinte – 2014 para os IPs iniciados 2013 e 2015 para os IPs iniciados em 2014 – observa-se que menos de 50% do total de IPs iniciados não apresentaram relatório conclusivo da investigação policial, consoante tabela abaixo.

1710 O número de 390 IPs instaurados pela DEAM no ano de 2013 e enviados no mesmo ano a Justiça, refere-se aos inquéritos conclusos de réu preso e solto, um total de 383, mais sete inquéritos instaurados por requisição do Ministério Público.

Tabela 1 – Quantidade de Inquéritos instaurados nos anos de 2013 e 2014 concluídos e enviados ao Judiciário no período de dois anos

	2013	2014	2015	TOTAL
2013	390 (29,3%)	208 (15,6%)	-	598
2014	-	257 (19,4%)	215 (16,2%)	472

Fonte: DEAM de Vitória da Conquista, 2015.

Da análise da tabela acima, observa-se um outro dado relevante, qual seja, de 2013 para 2014 houve uma redução de 10% no volume de IPs conclusos. A par do volume de inquéritos instaurados por ano, mais de 1.300 IPs, menos de 30% deles são concluídos no mesmo ano-calendário, essa redução de um ano para outro, evidencia a ineficácia social da Lei Maria da Penha quanto a investigação de crimes que envolvam violência doméstica e familiar no município conquistense.

É inegável que o distanciamento entre a prática do fato criminoso e a efetiva sanção penal acabe por aumentar a sensação de impunidade e, por efeito, promover o esvaziamento do objetivo preambular da Lei n. 11.340/2006, ou seja, coibir e prevenir a violência doméstica e familiar nos lares brasileiros, ou nas palavras de Zdanski (2006, p. 1)

Se por um lado é cediço que a instrução criminal prescinde do tempo necessário, para que se produza toda a instrução e o acusado exerça de forma completa sua defesa, por outro **a demora na aplicação da sanção penal, acabará por não surtir efeito algum, quer ao infrator, quer à sociedade como um todo** (ZDANSKI, 2006, p. 1). Grifo nosso.

A consequência direta da morosidade na investigação policial no tocante as práticas de violência doméstica e familiar é a desistência da ofendida em prosseguir com o inquérito policial, sobretudo, quanto aos delitos que dependem da representação da mulher para deflagrar a respectiva ação penal, a exemplo do crime de ameaça e de crimes contra a honra, que, juntos, respondem por quase metade (48,5%) dos delitos identificados e catalogados em nossa pesquisa empírica, sendo este fato um entrave às investigações realizadas pela DEAM.

Para aferir o quantitativo de desistências, somamos as renúncias à representação apresentada em audiência agendada pelo magistrado com essa finalidade (art. 16 da Lei n. 11.340/2006), antes do recebimento da denúncia, ouvido o Ministério Público, e os casos em que o prazo decadencial de seis meses para representação expirou sem que a ofendida tenha comparecido em juízo para renunciar ou representar¹⁷¹¹. Nestes termos, dos 647 IPs enviados ao Ministério Público em 2013 e 2014, não houve a deflagração da ação penal em 72 deles, pois a ofendida, em audiência, renunciou o direito à representação, e, em 203 inquéritos, o prazo decadencial expirou., conforme consta da Tabela 2.

¹⁷¹¹ Há ainda a situação em que a própria ofendida deixa de ofertar a queixa-crime, consequentemente, ela mesma inabilita a responsabilização penal do agressor que atenta contra sua honra. Esses casos não foram contabilizados em nosso *corpus*, pois estão à margem da memória arquivada constituída em IPs e processos judiciais.

Tabela 2 – Quantitativo de desistências de ações penais públicas condicionadas à representação de crimes que envolvem violência doméstica e familiar em 2013 e 2014.

	IPs remetidos ao MP	Processos instaurados	Desistência	%
2013	390	249	141	48,12
2014	257	123	134	69,43

Fonte: Ministério Público, comarca Vitória da Conquista.

A tabela acima indica um aumento de mais de 20% dos casos de desistência de 2013 para 2014, apesar do total de desistências permanecer muito próximo. Isto acontece porque de um ano para outro houve uma redução de 34% no número de IPs enviados ao órgão ministerial, ou seja, independentemente do quantitativo de IPs remetidos ao Judiciário, os valores pertinentes aos casos de desistência mantiveram-se estáveis. Atinente à aferição da efetividade da Lei Maria da Penha, o aumento dos casos de desistência evidencia um impacto negativo sobre a eficácia social da norma quanto a sua função de prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, quando, em certos casos, a vítima não vislumbra a responsabilização penal do agressor como solução mais adequada.

Como o inquérito policial tem **valor probatório relativo**, os fatos desencadeadores do crime de violência doméstica e familiar praticado contra a mulher devem ser confirmados durante a instrução processual, sob a égide do contraditório e da ampla defesa. Assim, o juiz da causa determinará a oitiva da vítima, das testemunhas e do agressor. Poderá ser realizada acareação, se as circunstâncias exigirem, determinar a produção de provas documentais, a busca e apreensão de coisas e pessoas. Tais atos processuais devem ser produzidos na presença do magistrado para a formação de sua convicção “pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação” (CAPEZ, 2012, p. 120).

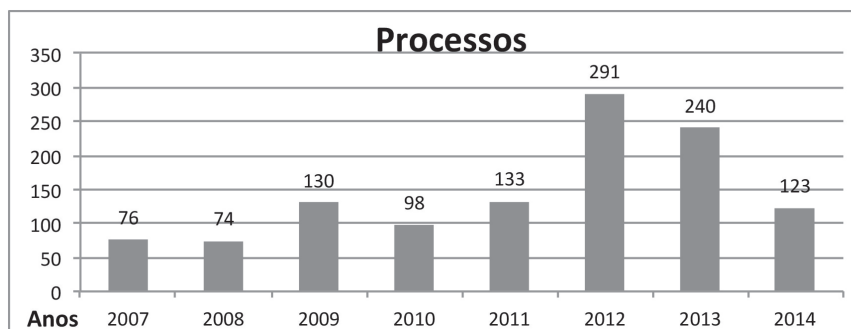
Em nossa pesquisa empírica junto às varas criminais, nos deparamos com um dado relevante, qual seja, o pequeno volume de decisões de mérito produzidas nos anos de 2013 e 2014, ao todo sete sentenças: três absolutórias e quatro condenatórias. Esse dado despertou o interesse em verificar todo o período anterior (2007-2012), desde a vigência da Lei n. 11.340/2006 e, para nosso espanto, encontramos 61 decisões extintivas da punibilidade e nenhuma decisão meritória¹⁷¹². Entre as causas para extinguir o processo sem apreciação do mérito, encontramos 58 sentenças extintivas pela incidência da prescrição da pretensão punitiva¹⁷¹³ e duas sentenças proferidas em razão do falecimento do réu.

¹⁷¹² No processo penal podemos citar dois tipos de decisão prolatada em ações criminais: as decisões de mérito que compreendem aquelas que absolvem o acusado (absolutórias) e aquelas que o condenam (condenatórias). Há ainda aquelas decisões que extinguem o processo penal, mas sem apreciar o mérito, são chamadas de sentenças extintivas da punibilidade, ou seja, não se pode mais punir o acusado em relação aos fatos que originaram a demanda judicial, exemplo, a incidência da prescrição ou decadência, o falecimento do réu, dentre outros (CAPEZ, 2012).

¹⁷¹³ Segundo Capez (2012, p. 572), prescrição é a “perda do direito-poder-dever de punir pelo Estado em face do não

Contabilizando o quantitativo de processos instaurados no período analisado (2007-2014), computamos um total de 1.165 ações penais, uma média de 145 processos anualmente instaurados com variações para mais e para menos. Em números absolutos, vemos um aumento de 2007 a 2014 de 62% de demandas processuais, com pico em 2012 e 2013, como demonstra o gráfico abaixo.

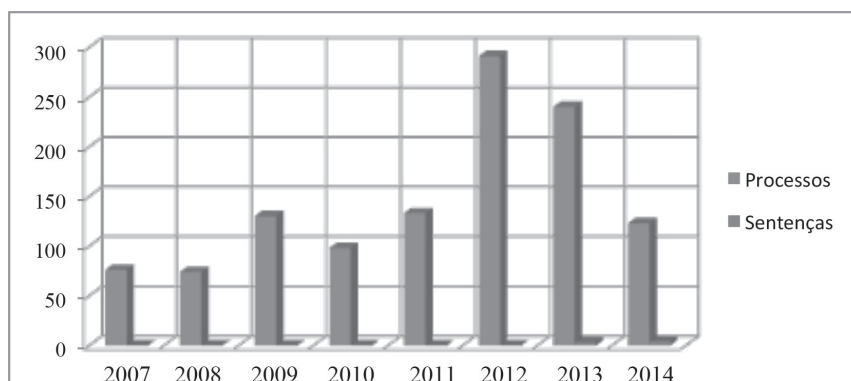
Gráfico 2 - Valores absolutos de processos penais de violência doméstica e familiar contra a mulher que tramitam nas três varas criminais de Vitória da Conquista.



Fonte: Vara especializada de violência doméstica e familiar, 2015.

Mais preocupante que o crescimento das demandas judiciais é o número de decisões de mérito prolatadas em ações penais que tratam a violência doméstica nos anos de 2007 e 2014. Correlacionado os valores absolutos com o quantitativo de decisões de mérito prolatadas no mesmo período, obtemos um panorama da **ineficácia social** da Lei Maria da Penha no município conquistense, sobretudo nos seis primeiros anos de vigência da lei, nos quais não houve nenhuma produção judicial.

Gráfico 3 – Quantitativo de processos *versus* quantitativo de sentenças.



Fonte: Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar, 2015.

exercício da pretensão punitiva (interesse em aplicar a pena) [...] durante certo tempo”. Assim, a inércia estatal em processar e julgar crimes praticados no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, durante certo lapso temporal estipulado em lei, atinge o poder/dever punitivo do Estado, extinguindo-se para este a possibilidade de punir criminalmente o agressor pelo crime praticado.

Segundo essa perspectiva, a imposição de uma pena ou sanção àquele que descumpra a norma jurídica é essencial à obediência espontânea da lei por seus destinatários, sobretudo quando a “norma confronta-se com um sentimento social arraigado [o exercício do poder dos homens sobre as mulheres, particularmente quando se trata de poder sexual], contrariando as tendências prevaletentes na sociedade” (BARROSO, 2000, p. 86). Dessa forma, quando o Estado-juiz deixa de apreciar e julgar a demanda penal de violência doméstica e familiar contra a mulher faz com que a Lei n. 11.340/2006 caia em desuso ou reste desacreditada perante o corpo social.

O excesso de demandas processuais nas varas criminais conquistenses tem sido a justificativa mais usual para explicar a paralisação de ações penais sobre violência doméstica e familiar contra a mulher que, a um só tempo, viola o princípio da oficiosidade, pois as “autoridades públicas incumbidas da persecução penal devem agir de ofício, sem necessidade de provocação ou de assentimento de outrem” (CAPEZ, 2012, p. 68), e o direito de preferência instituído no parágrafo único do artigo 33 da Lei n. 11.340, que assim dispõe:

Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Parágrafo único. **Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput** (BRASIL, 2006). Grifo nosso.

Outro aspecto importante refere-se ao princípio da inescusabilidade¹⁷¹⁴ do julgador, segundo o qual o juiz deve apreciar e decidir o pleito que lhe é apresentado, ainda que omissa a norma; para tanto, deverá valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito. A única exceção são as situações de incompetência ou impedimento do juízo.

O contingente de 61 prescrições catalogadas na pesquisa empírica decorrente da **diminuta produção judicial** – sete processos julgados em oito anos – demonstra omissão da prestação jurisdicional relativa às demandas de violência doméstica, do que podemos concluir não somente pela **ineficácia social da Lei Maria da Penha** quanto a sua (in)aplicabilidade pelo Poder Judiciário conquistense, em período anterior à instalação da Vara Especializada, mas, também, pela incidência de uma segunda forma de violência, dessa vez de caráter institucional exercida pelo sistema penal sobre a vítima. O Estado-juiz poderia e deveria agir para minimizar a violência doméstica e familiar contra a mulher, mas não o faz. Por sua inércia ou retardo em exercer oportunamente o *jus puniendi*, o suposto agressor deixa de ser punido em razão da prescrição do crime,

1714 Nesse sentido, dispõe o art. 5º, XXXV da Constituição Cidadã que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Igualmente o art. 4º do Decreto n. 4657/1942: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Inexistindo norma regulamentadora do caso, o juiz lançará mão dos princípios gerais de direito, e, se porventura estes últimos inexistirem ou se se apresentarem controversos, recorrerá à equidade, sempre considerando as pautas axiológicas contidas no sistema jurídico.

ou, ainda, quando inocente, vê-se impedido de provar sua inocência e ser absolvido da injusta acusação. Essa situação desvaloriza a vítima, a deixa desprotegida, suscetível a novas intercorrências de violência no próprio lar e propicia a duplicação da violência a que estão expostas as mulheres.

A inação do operador do Direito reflete a “cultura do desrespeito aos direitos humanos, e mais do que isso, do não-direito à defesa destes direitos, que era a regra, uma vez que são transgredidos pelo próprio Estado” (ALMEIDA, 1998, p. 4), ou, nas palavras de Cappelletti e Garth (1988):

[...] a titularidade de direitos é destituída de sentidos, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos de todos (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p. 11).

A desídia judicial encontrada nas varas criminais de Vitória da Conquista, aliada ao quantitativo de inquéritos parados nas prateleiras da DEAM conquistense, comprova que, *em período anterior (2013 e 2014) à instalação da Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*, a Lei Maria da Penha não vinha sendo observada e nem aplicada pelos órgãos de proteção aos Direitos Humanos das Mulheres de modo a coibir e prevenir a violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, desviando-se, assim, da finalidade social da norma.

Um aspecto positivo identificado na pesquisa, alude aos dados obtidos após a instalação da Vara Especializada (2015-2017) em Vitória da Conquista que, apontou para um aumento na produção judicial, isto é, 21 sentenças de mérito contra 7 sentenças prolatadas em 7 anos (2007-2014) pelas três varas criminais da comarca de Vitória da Conquista. Esses dados demonstram a necessidade de instalação de Juizados Especiais quando se trata de assegurar os Direitos Humanos das Mulheres.

Por fim, citemos como reflexo processual da ausência de efetivação dos Direitos Humanos das Mulheres no município conquistense, o elevado número de sentenças prescritivas – conforme ilustra a tabela abaixo –, proferidas antes e após a instalação da Vara Especializada, decorrente da inércia na prestação jurisdicional identificada no período anterior a atuação da Vara Especializada que culminou na prescrição da pretensão punitiva do Estado em mais de 1/3 dos mil e cento e sessenta e cinco (1.165) processos criminais instaurados sobre violência doméstica e familiar contra a mulher – cerca de 300 processos até o ano de 2016.

Tabela 3 – Contingente de decisões produzidas pelo Poder Judiciário de Vitória da Conquista no período anterior e posterior à instalação da vara especializada

	ANTES DA VARA ESPECIALIZADA (2007/2014)	DEPOIS DA VARA ESPE- CIALIZADA (2015/20016)
SENTENÇA DE MÉRITO	7	13
SENTENÇA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE ESTATAL	58	265

Fonte: Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar, 2015.

Os dados indicados na tabela um apontam, de modo concreto, uma violação institucional aos Direitos Humanos das Mulheres exercida pelo Poder Judiciário conquistense, já que este não processa nem julga demandas judiciais que ferem direito fundamental da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou seja, não cumpre com a efetiva prestação jurisdicional estabelecida na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) no artigo 3º, letra g, que declara ter toda mulher “***direito a recurso simples e rápido perante tribunal competente que a proteja contra atos que violem seus direitos***”. É dever do Estado, consoante disposto no artigo 7º, letra f, “***estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeita a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo e acesso a tais processos***” (grifo nosso). Outrossim, conforme a mesma Convenção apregoa, no artigo 7º letra b, é imperativo que os Estados-partes ajam com o “*devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher*”.

Não obstante os dados otimistas citados quanto à atuação da Vara Especializada com tendências a um forte grau de efetividade da Lei Maria da Penha em Vitória da Conquista, pergunta-se: *essa atuação é capaz de elevar a confiança da mulher ofendida na prestação jurisdicional, estimulando-a a denunciar e prosseguir com o rito processual criminal contra o suposto agressor?* Haja vista que a gestão processual anterior não se mostrou capaz de coibir e prevenir novos casos de violência doméstica praticados contra a mulher. A análise da categoria *efetividade por observação espontânea* da Lei Maria da Penha nos permitirá responder a essa questão.

6.2 OBSERVAÇÃO ESPONTÂNEA

De acordo com Barroso (2000), a efetividade de uma norma comumente resulta de seu cumprimento espontâneo, dado que, em um Estado democrático de Direito, o poder estatal, legitimado por uma Constituição, impõe sua autoridade, que, em regra, carrega à obediência, independentemente de coação. Segundo essa perspectiva, a adesão

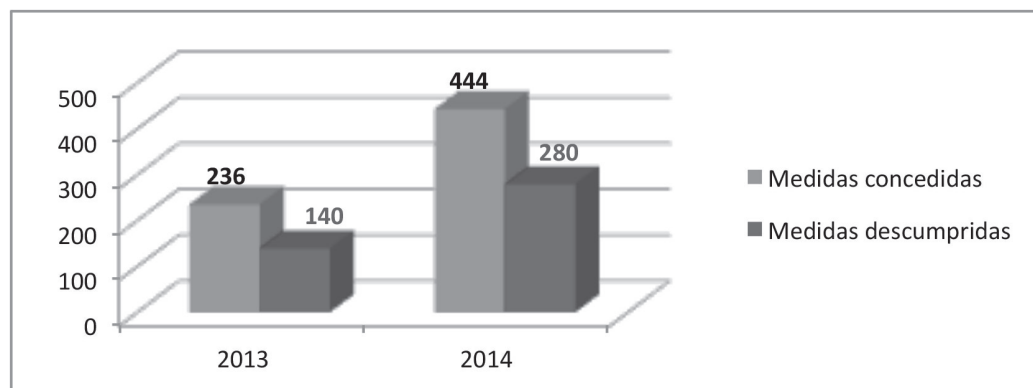
pelo corpo social aos comandos normativos decorreria da simples previsão legal de mecanismos inibitórios de condutas indesejáveis socialmente.

Tratando-se da Lei n. 11.340/2006, citemos as medidas protetivas de urgência (art. 22) e a possibilidade de decretação de prisão preventiva do agressor para assegurar seu cumprimento (art. 42), assim como a qualificação de crime de lesão corporal e consequente aumento da pena máxima para 3 anos (art. 44). Inquirimos se aludidas previsões legais, são capazes de inibir a reincidência do agressor na conduta delitiva e, ao mesmo tempo, promover um sentimento de segurança e confiança na mulher quanto à capacidade da lei em protegê-la de novas e reiteradas práticas de violência.

Em nossa pesquisa empírica, observamos que, entre as Medidas Protetivas de Urgência mais concedidas, cerca de 73% em média, referem-se à proibição de aproximação ou contato com a vítima, familiares ou testemunhas, considerando os períodos pesquisados antes e depois da criação da Vara Especializada. Já a medida de afastamento do lar corresponde em média a 24% das concessões. As demais medidas protetivas (prestação de alimentos, suspensão ou restrição do porte de arma e o direito de visita a dependentes menores) equivalem a menos de 3% daquelas concedidas.

Durante a pesquisa empírica, pudemos observar que, das 680 medidas protetivas concedidas pelas varas criminais nos anos de 2013 e 2014, portanto, antes da instalação da Vara Especializada, menos de 15% delas, aproximadamente 98 medidas protetivas, observaram o prazo legal. Em sua grande maioria, a avaliação das condições da ação pelo magistrado com o escopo de conceder ou negar a medida protetiva demorava de 20 a 30 dias. Mesmo após a instalação da Vara Especializada, o percentual (19%) das medidas concedidas no prazo legal mantém-se nos mesmos parâmetros, embora tenha havido uma redução no tempo dispendido para concessão, em torno de 4 a 7 dias.

Gráfico 4 – Total de medidas protetivas descumpridas nos anos de 2013 e 2014



Fonte: Vara especializada de violência doméstica e familiar de Vitória da Conquista.

A análise do quantitativo de Medidas Protetivas de Urgência¹⁷¹⁵ concedidas após a criação da Vara Especializada, revelou um decréscimo constante de um ano para outro. Assim, de 2015 (585) para 2016 (363) houve uma redução de 62% no montante de medidas concedidas; já de 2016 (363) para 2017 (120), uma redução de mais da metade, embora esse valor refira-se apenas ao primeiro semestre de 2017.

Pela análise dos dados, pudemos concluir que, apesar da redução numérica de medidas concedidas – o que não significa redução no número de crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, porém a utilização mais criteriosa da concessão dessa medida pela juíza titular da Vara Especializada –, a tendência ao equilíbrio percentual nos casos de descumprimento revelam que a instituição de um novo órgão de proteção aos Direitos Humanos das Mulheres, por si só, não tem alterado significativamente a situação identificada no período anterior (2013/2014).

Tabela 4 – Percentuais de Medidas Protetivas de Urgência revogadas, descumpridas e em andamento após a instalação da Vara Especializada em Vitória da Conquista

	2015	%	2016	%	2017	%
Medidas Revogadas	121	24%	33	11,3%	2	1,7%
Medidas Descumpridas	257	53%	123	42%	33	27,7%
Medidas em andamento	107	23%	137	46,7%	84	70,6%

Fonte: Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Vitória da Conquista-Bahia, 2017.

Além disso, a progressiva redução nos casos de revogação das Medidas Protetivas é um outro fator que vem corroborar nossas conclusões, pois, se as mulheres que solicitam a medida protetiva continuam intimidadas ante as ameaças proferidas pelo agressor, mesmo depois da instalação da vara, podemos inferir que o aparato estatal, previsto em lei, não tem sido o suficiente para prevenir novas práticas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Diante da probabilidade de esvaziamento da utilidade de Medidas Protetivas de Urgência, em 2011 o legislador pátrio inseriu, na Lei n. 11.340/2006, mais um preceito normativo que alterou o artigo 313 do Código de Processo Penal com o escopo de garantir a execução da medida protetiva – a possibilidade de imposição de prisão preventiva ao seu descumpridor. Na pesquisa empírica, identificamos não foi encontrado nenhum registro de representação da ofendida, nos anos de 2014, 2015 e 2017 (primeiro semestre), encontramos apenas uma solicitação e, em 2016, quatro pedidos de prisão preventiva do inadimplente de medida protetiva.

1715 A constituição do *corpus* sobre as Medidas Protetivas de Urgência do período de 2015-2017, deu-se a partir da análise de audiências de justificação em processos judiciais, bem como, do registro processual de denúncias de descumprimento de medidas protetivas realizado pelas favorecidas.

Os dados ilustram que, a despeito do legislador estar atento à finalidade social da Lei n. 11.340/2006, instituindo mecanismos que assegurem a sua observação e cumprimento, a baixa adesão, pôr parte da ofendida, a esse mecanismo repressor, evidencia uma ineficácia da lei em não conseguir prevenir e coibir essa modalidade de violência.

Ante essa situação, voltamos nosso olhar para os casos de reincidências. Segundo a pesquisa realizada junto à DEAM de Vitória da Conquista, entre os 2.651 inquéritos instaurados nos anos de 2013 e 2014, identificamos uma média de 19,65% de casos de reincidências. Todavia, observamos que esse percentual de inquéritos instaurados contra o mesmo agressor, referiam-se a vítimas diferentes. Dessa forma, observamos que havia outro universo que escapava essa primeira análise, qual seja, o número total de reincidências dirigidas à mesma vítima.

Para descobrir esse quantitativo que subsumia nos registros da DEAM, pesquisamos, na memória arquivada dos inquéritos instaurados em 2013 e 2014, narrativas de vítimas que afirmavam ser as agressões sofridas uma prática contumaz do agressor. Catalogadas as narrativas, verificamos que o percentual médio de 19,65% de reincidências mais que dobrou, chegando ao patamar de 40,8%, considerando a média dos dois anos-calendário, conforme demonstrado na tabela abaixo.

Tabela 5 – Percentuais de reincidências contra a mesma vítima e vítimas diferentes

	Total IPs	Nº de reincidências (vítimas diferentes)	%	Narrativas de ações reiteradas (mesma vítima)	%
2013	1.331	237	17,8%	502	37,7%
2014	1.320	283	21,5%	579	43,9%

Fonte: DEAM de Vitória da Conquista-Bahia, 2015.

A tendência ao aumento no número de descumprimentos de medidas protetivas e de reincidências de crimes de violência doméstica em Vitória da Conquista, identificados nos anos de 2013/2014, coaduna-se aos achados da pesquisa empírica, dispostos no tópico anterior, concernente à atuação da DEAM e do Poder Judiciário. Sendo uma consequência real da ineficácia social da Lei Maria da Penha neste município, evidencia um grau fraco da lei quanto à capacidade para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar, antes da instalação da Vara Especializada. Por sua vez, a análise de dados pertinentes à recente atuação da Vara Especializada (2015-2017) tem se revelado, progressivamente, mais eficaz em prevenir novas práticas de violência doméstica e familiar contra a mulher do que no período anterior, ainda que de forma tímida.

7. DISCUSSÃO TEÓRICO-EMPÍRICA DOS RESULTADOS

Depois de avaliarmos a efetividade da Lei Maria da Penha em inquéritos policiais instaurados em 2013/2014 e em processos judiciais deflagrados antes e depois da instalação da Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em Vitória da Conquista, passemos à análise do grau de efetividade dessa norma jurídica, segundo dois sentidos, um *forte* – evidenciado na aptidão da lei em prevenir e coibir violência contra a mulher praticada no âmbito doméstico e familiar; e um sentido *fraco* – perceptível quando da aplicação da lei, em seu viés punitivo, pelo aparato estatal de proteção, que, ao invés de protegê-la, duplica a violência, dessa vez exercida pelo sistema penal sobre a vítima e agressor em função de um controle seletivo (discriminatório) que aprofunda a desigualdade de gênero.

O *corpus* evidenciou um elevado percentual de inquéritos policiais paralisados, cerca de 70% a 80% dos IPs instaurados anualmente com indiciado solto não eram concluídos no mesmo ano-calendário. Além disso, devemos também salientar a baixíssima produtividade judicial que, de um total de 1.165 ações penais iniciadas nas três varas criminais de Vitória da Conquista-Bahia, entre os anos de 2007 e 2014, apenas 7 processos, ou seja, menos de 1% apresentava sentenças condenatórias e absolutórias. Essa atuação deficitária estimulou o descumprimento de medidas protetivas e casos de reincidências, conforme restou comprovado na pesquisa empírica, que constatou um desrespeito aos preceitos legais em mais de 60% das medidas protetivas, assim como, em mais de 50% dos inquéritos instaurados, identificamos casos de reincidência contra a mesma vítima e vítimas diferentes. Esses dados demonstram aspectos negativos da atuação do aparato estatal de Proteção aos Direitos Humanos das Mulheres antes da instalação da Vara Especializada.

Em decorrência da desídia judicial, constatamos um número expressivo de sentenças prescritivas (264) somente em 2016 que reverberam sobre a credibilidade da Vara Especializada no município de Vitória da Conquista. Esse dado, confirma a tendência ao enfraquecimento da lei, quanto ao cumprimento de sua finalidade social, sobretudo, quanto ao período anterior à instalação, pois caracteriza uma violência institucional exercida pelos órgãos de proteção à mulher em Vitória da Conquista, apesar do crescimento expressivo de sentenças de mérito prolatadas – 21 sentenças em 2,5 anos – pela Vara Especializada. Esses dados, entretanto, correspondem a menos de 5% do total de ação penais instauradas (461) de 2015 a 2017.

O desinteresse do Judiciário conquistense em instruir e julgar as demandas criminais de violência doméstica e familiar contra a mulher, identificado na pesquisa, indica um efeito de contradição fundamental entre igualdade formal dos sujeitos do direito e desigualdade substancial dos indivíduos, selecionados segundo ordens estruturais socialmente aceitas, consoante discriminações havidas em razão de sexo, etnia ou classe social.

De acordo com a Teoria da Criminologia Crítica, Baratta (2011) questiona o sistema penal de controle do desvio social, à luz de uma perspectiva discriminadora de rotulação dos indivíduos (*labeling approach*), e desvela, então, um dos principais pilares sobre os quais se assenta a criminalização: a seletividade¹⁷¹⁶. A caracterização de uma conduta como sendo criminosa ou não criminosa é de responsabilidade da política criminal, mediante um processo seletivo que alcança todos os níveis aos quais se vincula a norma,

[...] estudo histórico e sociológico dos sistemas de justiça criminal ressaltava, sobretudo, **o caráter altamente seletivo** dos mesmos, tanto no que tange à produção das normas penais (criminalização primária) quanto **no que diz respeito à aplicação das normas penais por parte dos órgãos da justiça criminal (polícia, ministério público, juízes)** e da opinião pública (BARATTA, 1999, p. 41). Grifo nosso.

Nesse sentido, o sistema penal passa a ter a função social de reproduzir as relações sociais e de manter a estrutura vertical da sociedade e dos processos de marginalização, com o uso de filtros que funcionariam como *mecanismos seletivos estruturados sobre a estratificação social e o antagonismo de classes e de gênero que refutaria o princípio da igualdade; a relação variável do processo de criminalização com a posição social do acusado indicaria a relatividade da proteção penal* que se estenderia a determinados bens (valores sociais) e a outros, não. Desse modo, o sistema penal não consegue garantir direitos, nem os proteger, pois é atravessado por metadiscursos (enunciados) que norteiam a elaboração e aplicabilidade da norma.

A caracterização de uma conduta como criminosa ou não criminosa é tarefa da política criminal, mediante um processo seletivo. O poder legislativo, nesse sentido, como observador e guardião dos fatos e valores socialmente relevantes, atua criminalizando ou não determinados comportamentos. Haverá seletividade negativa quando o Estado, por meio de seu órgão legiferante, imunizar certas condutas, excluindo-as da esfera punitiva estatal.

A ausência de produção judicial na investigação empírica entre os anos de 2007 e 2012, concernente às demandas criminais de violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, demonstra uma *seletividade negativa* realizada pelo Poder Judiciário conquistense que, em razão de sua inação para com o deslinde dessas demandas, viabilizou a prescrição de mais de sessenta processos, nos quais o réu (suposto agressor), ainda que culpado, acabou por ser imunizado de sua conduta delitiva, em virtude da extinção do Direito estatal em puni-lo, conforme sintetiza o quadro abaixo, segundo uma tendência que reforça (+) ou minimiza (-) o sentido forte ou fraco de efetividade da lei.

¹⁷¹⁶ Para essa teoria a linguagem da criminologia contemporânea (*labeling approach*) é marcada pelo deslocamento do enfoque da ação criminosa para o indivíduo socialmente reprovável. O criminoso não é um indivíduo sociologicamente diferente, mas um *status* social atribuído a certos tipos de sujeitos selecionados pelo sistema penal (BARATTA, 2011, p. 11). A criminalidade não seria simples comportamento violador da norma, mas “realidade social” construída, definida a partir de “processos protagonizados por sujeitos-autores de comportamentos definidos como desviantes e sujeitos-detentores de poder de definir tais comportamentos como desviantes – uma categoria de funcionários especializados recrutados de determinados estratos sociais e representando, preponderantemente, determinadas constelações de interesses e valores” (BARATTA, 2011, p. 12).

QUADRO 1 – Sinopse do tópico “discussão teórico-empírica dos resultados”.

SENTIDO FORTE

Prevenir novas violências.

(+) A conclusão de todos os inquéritos policiais com indiciado preso é um fator favorável à prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, mesmo que mais de 50% deles não tenham sido concluídos dentro do prazo legal.

(-) Elevado percentual de inquéritos policiais paralisados. Cerca de 70% a 80% dos IPs instaurados anualmente e com indiciado solto não eram concluídos no mesmo ano-calendário.

(-) A prescrição privilegia o agressor (réu) que sai ileso, sobretudo quando culpado, deixando de responsabilizá-lo pela conduta criminosa, estimulando a reiteração dessa prática.

(-) Mais de 60% de descumprimento de medidas protetivas antes da instalação da Vara Especializada.

(+) É favorável ao fortalecimento da efetividade da lei, a redução progressiva de descumprimentos de Medidas Protetivas após a instalação da Vara Especializada.

SENTIDO FRACO

Duplicação da violência sofrida pela mulher, em razão da violência institucional.

(+) A ausência de prestação judicial antes da instalação da Vara Especializada, identificada nas três varas criminais de Vitória da Conquista que, por inação, culminou na incidência contínua da prescrição dos crimes praticados em razão de violência doméstica e familiar contra a mulher e que, aliada à paralisação de diversos inquéritos com indiciado solto, indica a duplicação da violência contra a mulher em função de uma seletividade exercida pelos órgãos estatais de proteção, que escolhe quais demandas serão ou não atendidas.

(+) Essa situação enfraquece a finalidade social da Lei n. 11.340/2006, por constituir uma violência institucional dirigida à vítima, que, em virtude do evento da prescrição de crimes de violência doméstica e familiar, vê o agressor, ainda que culpado, ser imunizado de futura responsabilização penal.

(+) A imunização penal do agressor reflete um modo seletivo de descriminalização da violência contra a mulher, pautado em uma perspectiva de gênero.

Fonte: Pesquisa empírica e teórica (2013/2014). Elaboração: FERNANDES, G.A.

7.1 IMPLICAÇÃO DA INEFICÁCIA SOCIAL DA LEI MARIA DA PENHA PARA A MEMÓRIA COLETIVA DA VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA A MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR

O ponto nodal identificado no trabalho foi a ausência da instrução processual e, conseqüentemente, de sentenças proferidas em demandas penais de violência doméstica e familiar praticada contra a mulher no município de Vitória da Conquista-Bahia. Ao procurarmos confrontar a memória declarada em inquéritos policiais com aquela arquivada em processos judiciais, vislumbramos, nas consultas realizadas no registro do sistema *e-saj*¹⁷¹⁷, que processos regularmente instaurados estavam parados, por anos, nas prateleiras dos cartórios das três varas criminais. A transcrição de uma movimentação processual extraída durante as consultas realizadas ao sistema *e-saj* evidencia a situação corriqueira da maioria esmagadora dos processos identificada em nossa pesquisa empírica:

1717 O e-SAJ é um Sistema eletrônico de Automação da Justiça, que incorpora facilidades para a automatização das rotinas jurisdicionais, assegurando maior agilidade na tramitação de processos, por meio de consultas on-line, e na redução do tempo de atendimento trazendo celeridade e qualidade.

20/06/2008 Observação: PROMOTORA, DEVOLVEU OS AUTOS COM DENÚNCIA.

12/08/2008 Observação: **autos conclusos aguardando pauta para audiência**, Lei M. da Penha, arm. 06.

09/05/2016 **Extinta a punibilidade por prescrição**, decadência ou perempção. Ante o exposto, forte no art. 107, IV, c/c o artigo 109, IV, todos do Código Penal, **reconheço a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado em face do réu e julgo extinta a punibilidade em relação aos fatos narrados na denúncia**. Custas de lei. P.R.I. Transitada em julgada esta sentença, oficie-se ao CEDEP. Após. Arquivem-se os autos com baixa. (Processo n. 08). Grifo nosso.

A relevância da instrução para o convencimento do juiz na prolação de uma sentença repousa na capacidade das partes (autora e réu) e das respectivas testemunhas se manterem fiéis aos primeiros relatos, expressando compromisso com a credibilidade da narrativa inicial. É na fase instrutória que o juiz dissipa dúvidas, pois irá atentar para a “má percepção, má retenção, má reconstituição dos testemunhos” (RICOEUR, 2007, p. 173).

Quando o magistrado se abstém de colher o depoimento pessoal das partes do processo e das testemunhas do fato, ele deixa de verificar a autenticidade da narrativa que originou uma *delatio crimini*. O credenciamento e a confrontação dos testemunhos são fundamentais para afastar qualquer desconfiança sobre as narrativas deladoras, inclusive sobre a possibilidade da ocorrência de uma denúncia caluniosa.

Para além da perspectiva jurídica de violação aos Direitos Humanos das Mulheres, a demora na conclusão de centenas de inquéritos policiais por parte da delegacia especializada e a ausência de prestação jurisdicional célere e efetiva em mais de mil ações penais que tramitavam nas três varas criminais da comarca conquistense, entre os anos de 2007 e 2012, portanto, antes da instalação da Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, exprime “uma forma de esquecimento, resultante do desapossamento dos atores sociais de seu poder originário de narrarem por si mesmos” (RICOEUR, 2007, p. 455).

A tática de evitação¹⁷¹⁸, de não investigar o mal cometido à mulher, vítima de violência doméstica e familiar, evidencia um esquecimento dissimulado, cuja consequência é a prática de uma violência institucional similar àquela que deu origem à sanção internacional aplicada ao governo brasileiro pela Comissão Internacional de Direitos Humanos (CIDH) vinculada à OEA, da qual resultou a elaboração e promulgação da Lei Maria da Penha.

Um modo eficiente de promover o esquecimento, segundo Ricoeur (2007), corresponde às formas institucionais de amnésia: o direito de graça e a anistia. Dadas as

¹⁷¹⁸ Para Ricoeur (2007, p. 456), a estratégia de evitação, de esquivar ou de fuga tem a mesma implicação “imputada aos atos de negligência, de omissão, de imprudência [...], nas quais, posteriormente, uma consciência esclarecida e honesta reconhece que se devia e se podia saber ou pelo menos buscar saber”.

respectivas distinções¹⁷¹⁹, ambos os institutos são formas extintivas da pena imposta ao infrator. Por analogia, podemos inferir que, se a prescrição de demandas penais produz, no plano jurídico, o mesmo efeito atribuível a esses institutos, qual seja, a extinção da punibilidade para o réu, em razão de uma decisão judicial e não de um ato discricionário do poder político, então, no plano fático, a prescrição, à semelhança da anistia e da graça, irá interromper a narrativa, impor um esquecimento e apagar os rastros de memória de uma violência sofrida.

A anistia põe fim a todos os processos em andamento e suspende todas as ações judiciais. Trata-se mesmo de um esquecimento jurídico [...], na medida em que a cessação do processo equivale a apagar a memória em sua expressão de atestação e a dizer que nada ocorreu (RICOEUR, 2007, p. 462).

Desse modo, o reconhecimento judicial da prescrição em mais de quinhentos processos judiciais de violência doméstica e familiar contra a mulher, observado entre os anos de 2008 a 2017, quando da análise do *corpus* sobre a eficácia social da Lei Maria da Penha no município de Vitória da Conquista-Bahia, significa silenciar a voz da mulher (vítima de violência doméstica e familiar) e denegar-lhe o direito de se constituir uma memória coletiva acerca da natureza criminosa e violenta dessas práticas. O retardo em processar e julgar crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher implica em desabilitar seu testemunho atestando a falta de confiabilidade, ferindo, assim, sua dignidade enquanto sujeito capaz de agir por si mesmo.

8. CONCLUSÃO

Detivemo-nos na análise da eficácia social ou efetividade da Lei Maria da Penha, no município de Vitória da Conquista-Bahia, quanto à sua aplicabilidade pelo aparato estatal de proteção dos Direitos Humanos das Mulheres, antes e depois da instalação da Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Partimos da perspectiva da memória coletiva de mulheres vítimas dessa modalidade de violência, que se encontraria arquivada junto aos órgãos públicos de proteção às mulheres (DEAM, varas criminais e Vara Especializada) e documentada em inquéritos policiais e processos judiciais que constituíram o corpus de pesquisa, a fim de analisar os graus de efetividade da Lei Maria da Penha, em seu viés punitivo e preventivo, segundo um sentido forte ou fraco da lei em prevenir e coibir a violência doméstica e familiar.

A ausência de produção judicial identificada na análise do corpus, nas três varas criminais de Vitória da Conquista-Bahia, que culminou na prescrição de crimes praticados em razão de violência doméstica e familiar contra a mulher e na extinção de mais de 500 processos

1719 A graça extingue a punibilidade e aplica-se a crimes comuns. Já a anistia exclui o crime, rescinde a condenação e exclui totalmente a punibilidade. Pode ser concedida antes ou depois de prolatada a sentença final, por decisão colegiada do Poder Legislativo, em razão da prática de um crime político, portanto, é um ato discricionário (NUCCI, 2014).

penais, considerando-se todo o período analisado (antes e depois da vara instalada), e a paralisação de centenas de inquéritos policiais de indiciado solto que não eram concluídos no mesmo ano-calendário em que haviam sido instaurados, além do fato de que a cada ano se tornava mais difícil a conclusão desses inquéritos, sugere a prática de uma segunda vitimação da mulher ofendida, dessa vez, de natureza institucional.

Segundo essa perspectiva, a ineficácia da Lei Maria da Penha identificada na análise do corpus não está no conteúdo normativo, mas no modo como vem sendo aplicada pelo aparato estatal protetivo dos Direitos Humanos das Mulheres, que, reiteradamente, negligencia as demandas processuais por instrução e julgamento e, por isso mesmo, nega o direito da mulher ofendida à prestação jurisdicional efetiva.

Portanto, a criação de órgãos estatais (DEAM, Varas Especializadas) para proteção dos Direitos Humanos das Mulheres não se revelou, na nossa análise, suficiente para prevenir e inibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, sobretudo quanto ao modo como a legislação específica vem sendo aplicada, para que haja maior efetividade da Lei Maria da Penha, confirmando, assim, as hipóteses propostas para realização da pesquisa.

Isto porque, a atitude impassível do Poder Judiciário conquistense para com as demandas de violência doméstica e familiar contra a mulher, que culmina na inexorável prescrição do direito de punir do Estado e no esquecimento jurídico da memória das vítimas, junto aos arquivos públicos, indica uma silenciosa resistência às mudanças nos mecanismos socialmente aceitos das relações de gênero, pois o Estado, ao reconhecer, por um lado, os direitos humanos às mulheres, por outro, nega-lhes o exercício judicial desses direitos que representam a expressão de sua dignidade e a condição para o exercício pleno da cidadania, como, também, obsta a reabilitação do agressor e a transformação das relações de gênero.

BIBLIOGRAFIA

BARATTA, A. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: *Criminologia e Feminismo*. Org. Carmem Hein de Campos. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 19-80.

_____. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Introdução à sociologia do Direito

Penal. Instituto Carioca de Criminologia. Editora Revan. Rio de Janeiro, 6ª edição, 2011.

BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAPPELLETTI, M; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CAPEZ, F. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALCANTI, S. V. S. de F. *Violência doméstica contra a mulher no Brasil*. Salvador: Jus Podivm editora, 2012, p.29-52.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86320-uma-mulher-entre-100-esta-na-justica-contra-violencia-domestica.>>. Acesso em: 21 ago 2018.

DINIZ, M. H. *Compêndio de Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1991.

FERRAZ JUNIOR, T.S. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2. ed., 1994.

HALBWACHS. M. *A memória coletiva*. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro, 2003.

LUCK, A. S. O sistema internacional de direitos humanos. *Revista âmbito jurídico*, Rio Grande, 2010, vol. XIII, n.o 72. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7067>. Acesso em: 20 mar2014.

MARCHIONI, A; SILVA, I. P de O; GILÓ, J. Y. B. *A proteção internacional dos direitos humanos da mulher e o sistema interamericano de monitoramento: balanço das petições e dos relatórios hemisféricos contra o Brasil (2002-12)*. CEDIN: Centro de Direito Internacional, 2015. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Artigo-Alessandra-Ian%C3%A1-e-J%C3%A9ssica-A-Prote%C3%A7%C3%A3o-Internacional-dos-Direitos-Humanos-da-Mulher.pdf>>. Acesso em: 25 jul 2016.

NUCCI, G. de S. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PIOVESAN, F. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, Brasil, 2001b. Disponível em

http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf>. Acesso em: 21 jul 2015

RAMOS, L. de O, GLEZER, R. et al. implementação das recomendações e decisões do sistema Interamericano de direitos humanos no Brasil: institucionalização e política. In: *Série pesquisa direito GV*. Coord: Oscar Vilhena Vieira, 1 ed., São Paulo: Direito GV, 2013.

REALE, M. *Lições Preliminares do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RICOEUR, P. *A memória, a história e o esquecimento*. Campinas: Ed. da Unicamp, 2007.

SAFFIOTI, H. I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. In: *Cadernos Pagu*, 16, 2001, p.115-136.

SANTOS, C. M. *Da Delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Lutas feministas e políticas públicas sobre violência contra mulheres no Brasil*. In: Oficina do CES. 301. Editora Centro de Estudos Sociais, Coimbra, mar-2008. Estudo Geral Repertório Digital. Universidade de Coimbra. Disponível em:

<<https://eg.sib.uc.pt/bitstream/10316/11080/1/Da%20Delegacia%20da%20mulher%20%C3%A0%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf>>. Acesso em: 20 fev 2014.

SILVA, J. A da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

TOURINHO FILHO, F. da C. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2005. v 1.

ZDANSKI, C. O princípio da razoável duração do processo e seus reflexos no inquérito policial. In: *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1260, 13 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9271>>. Acesso em: 15 fev 2017.

WASELFSZ, J. J. *Mapa da violência 2012: Os Novos Padrões da Violência Homicida no Brasil*. Brasília, 2011.

_____. *Mapa da violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília, 2015. 1ª edição. Disponível em <www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em: 24 out 2015.

VULNERABILIDADE DAS MULHERES, MENINAS E ADOLESCENTES SOB O ENFOQUE DA DISCRIMINAÇÃO INTERSECIONAL

Rosa Júlia Plá Coelho
Gina Vidal Marcílio Pompeu

RESUMO: O presente artigo discute o direito de antidiscriminação e os seus desdobramentos endereçados às mulheres, meninas e adolescentes no Sistema Global e Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, notadamente, pela integração do discurso conceitual-acadêmico da teoria da discriminação interseccional, e os instrumentos internacionais produzidos com objetivo de coibir ou eliminar a discriminação múltipla a que determinados grupos minoritários estavam submetidos. É, igualmente, proposta uma categorização das mulheres (nas diversas faixas etárias) na esfera dos grupos vulneráveis para que se possa descrever a intersecção entre gênero e raça diante das múltiplas discriminações a que estão submetidas. Visa desmistificar a caracterização monolítica do termo *mulher* e sua estigmatização ou homogeneização. Assim, oferta-se um estudo empírico-analítico das situações de discriminação múltipla, tanto pelos elementos externos ao grupo em que as mulheres gravitam como no seu interior. Para em seguida, descrever as consequências das diferentes formas de discriminação, a exemplo do racismo, saúde, desvantagens econômicas, que provocam camadas de desigualdade que estruturam as posições relativas aos homens e mulheres, raças e outras minorias. Ao final, conclui-se com a oferta de recomendações para reforçar-se a criação de um acervo teórico, empírico e jurídico que além de propiciar a percepção da discriminação interseccional, possa produzir e orientar o desenho de políticas de proteção às pessoas e grupos vulneráveis, incluídas as mulheres, meninas e adolescentes a partir das organizações internacionais, da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dirigidas às Cortes Supremas dos Estados-Membros, muitas vezes, inertes sobre os atentados aos direitos das minorias.

PALAVRAS-CHAVE: Mulheres. Discriminação Interseccional. Direito Antidiscriminação. Direitos Humanos. Sistemas Global e Regional.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Discriminação Interseccional, como motor de Discriminação Interseccional Múltipla de Minorias (sexo, gênero, etnia); 3. Reconhecimento de discriminação interseccional pelo Direito Internacional aplicada à minoria das mulheres; 4. Marco Jurídico Antidiscriminação e Violência Interseccional no Sistema Interamericano de Direitos Humanos; 5. Na intersecção de origem étnica ou racial e gênero: a materialização da discriminação interseccional; 6. Do iter procedimental perante a CIDH e a recepção pela CIDH, a partir da admissão da demanda da dogmática de discriminação com base na discriminação interseccional de mulheres, meninas e jovens e por gênero na jurisprudência do STF; 7. Conclusão e sugestões em como lidar com os desafios propostos pela discriminação interseccional.

1. INTRODUÇÃO

A Igualdade e seu princípio concomitante de Não-Discriminação estão presentes nas sociedades modernas, mas estas nem sempre reconhecem seu papel elementar. Em teoria, os Estados democráticos, por exemplo, reconhecem a equidade e os direitos iguais de todas as pessoas. A igualdade é também a pedra angular dos direitos humanos: todos os direitos humanos repousam na dignidade humana, sem discriminação de nenhum tipo, e, assim, o conceito de igualdade é implicitamente incorporado ao conceito de Direitos Humanos em si mesmo. Nessa seara, as reflexões jurídicas se desenvolvem no plano do chamado direito de antidiscriminação. A vedação à discriminação é igualmente um aspecto basilar de todos os sistemas jurídicos ocidentais, uma vez que a proibição visa eliminar a arbitrariedade nos processos judiciais e administrativos, aumentando, dessa forma a previsibilidade e o bom funcionamento desses sistemas.

O direito de todas as pessoas à igualdade perante a lei e à proteção contra a discriminação constituem direito humano universal reconhecido de alguma forma na maioria dos instrumentos internacionais de direitos humanos, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Esses tratados e convenções de Direitos Humanos se propõem a coibir as diversas manifestações de discriminação, com base em sexo, origem étnica ou de país de procedência, religião, deficiência e assim por diante, ou seja, por cada uma delas especificamente. A ideia subjacente e largamente fragmentária é que as pessoas são, ou podem ser discriminadas principalmente com base em um fator de cada vez. Em consequência, muitos defendem que essas atitudes proibidas devem ser tratadas separadamente em instrumentos legais distintos, bem como por políticas públicas específicas de proteção.

Por outro lado, a existência de discriminação múltipla vem sendo discutida por mais de quatro décadas, inicialmente, no discurso jurídico-ativista norte americano, assim como nos instrumentos internacionais, no âmbito das Nações Unidas (ONU) e no plano regional de proteção aos direitos humanos, como no Sistema Interamericano. A constatação de que as pessoas podem pertencer a vários grupos desfavorecidos ao mesmo tempo, e que sofrem formas simultâneas e de diversas índoles de discriminação, demanda o aprofundamento na busca por soluções jurídicas originais e apropriadas.

O objetivo deste artigo é descrever diacronicamente as principais questões teóricas em torno da teoria da interseccionalidade, para possibilitar a inclusão de análise das inter-relações da dinâmica de fatores simultâneos de condutas proibidas que produzem a discriminação múltipla reconhecida na seara do Direito Internacional dos Direitos Humanos, nos planos global e regional. A discussão em torno da interseccionalidade reconheceu a ocorrência de discriminação múltipla a partir da década de 1980. A teoria foi então desenvolvida por acadêmicas feministas afro-americanas que enfatizaram o fato de que mulheres afro-americanas sofriam formas específicas de discriminação não

suportadas por homens afro-americanos ou mulheres brancas. Após o que, a importância e abrangência da teoria de interseccionalidade tornou-se fulcral para definir as condutas proibitivas e farpeadoras à igualdade endereçadas em função de identidades específicas, em diferentes fóruns internacionais, de natureza governamental e não-governamental, assim como em tratados e convenções de direitos humanos.

Para tal fim, divide-se o estudo em cinco seções. De início, são apresentadas as bases teóricas do direito antidiscriminação, ponto de inflexão no qual o fenômeno interseccional desborda à discussão sociológica e passa a se materializar juridicamente, por meio, inicialmente, das contribuições de intelectuais feministas negras norte-americanas, para depois adquirir contornos mais abrangentes na sociedade internacional.

Em segundo lugar, abordam-se como os instrumentos convencionais produzidos no âmbito das Nações Unidas foram capazes de criar e estabelecer os limites da política de combate à discriminação múltipla em relação às minorias, notadamente em relação às mulheres. Para, em seguida, descrever o como o ativismo feminista teve atuação basilar no desenho do estatuto de proteção especial das mulheres, por meio do direito convencional, no qual são afirmados os seus direitos fundamentais, mediante a vedação da discriminação, a garantia do direito à igualdade entre homens e mulheres e a inserção de reparações pelo Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos.

Passa-se, ainda, a análise dos caso judicial Gonzalez Lluy et al. c. Equador, levado inicialmente à Comissão Interamericana e depois julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em setembro de 2015, no bojo do qual a Corte reconheceu a existência de discriminação interseccional sofrida pela vítima, ao seu direito de acesso à educação, em razão de discriminação resultante de sua condição de pessoa portadora de HIV, de menina, de mulher e em contexto de pobreza. A situação concreta analisada pela CIDH espelha uma situação real de discriminação interseccional contra uma menina, portanto do sexo feminino em contexto de pobreza, para concluir da crescente força coercitiva dos instrumentos convencionais antidiscriminação e da construção da jurisprudência da Corte Interamericana em ofertar um espectro mais alargado de proteção aos mais vulneráveis diante da discriminação multifacetada e em camadas a que estas são expostas.

Finalmente, procura-se identificar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, possíveis julgados que espelhem o reconhecimento de diferentes formas de discriminação, a exemplo do racismo, pobreza e desvantagens econômicas, gênero e sexo, as quais vão criando camadas de desigualdade que estruturam as relações de poder entre homens e mulheres, jovens meninas, raças e outros grupos minoritários.

Conclui-se, constatada cabalmente da existência de discriminação interseccional, com a oferta de recomendações no sentido de reforçar a criação de acervo internacional, regional e nacional orientado por uma visão holística e integrativa, com o fito de reco-

nhecer e de dar efetividade à proteção dos direitos antidiscriminação interseccional das mulheres, meninas e adolescentes, bem como, garantindo-lhes o direito de reparação. O método procedimental foi o monográfico, por meio da análise teórica de gênero, do feminismo, da teoria da interseccionalidade e de análise de casos judiciais. Como técnicas de pesquisa, utilizou-se a bibliográfica e legislativa.

2. DISCRIMINAÇÃO INTERSECCIONAL, COMO MOTOR DE DISCRIMINAÇÃO INTERSECCIONAL MÚLTIPLA DE MINORIAS (SEXO, GÊNERO, ETNIA)

Na década de 1980, as feministas negras (*Black Feminism*) nos Estados Unidos da América desenvolveram a teoria de que as identidades femininas são múltiplas e complexas e, conseqüentemente, elas podem experimentar várias formas de discriminação, baseadas em categorias instituídas com esteio em comportamentos aceitos como sendo da maioria das pessoas de uma comunidade, tais como gênero, sexualidade, cultura, raça, classe, nação, idade e ocupação. Este jogo entre a autoconstrução/representação de indivíduos e grupos, e a imposição dominante de categorias sociais é definida como identidade social.

Por identidade social entende-se um fenômeno social complexo, resultante de constantes interações e negociações entre as condições pessoais, relações sociais, e molduras institucionais. Nesta medida, a identidade social é uma preocupação para os cientistas sociais e políticos, juristas e legisladores. Na verdade, a identidade social insta à tomada de decisões políticas e legislativas para encontrar maneiras de respeitar o posicionamento de auto identificação, sem criar e reforçar novas situações de exclusão e discriminação, por meio de políticas públicas e das normas legais.

Em particular, as feministas negras apontaram que as mulheres de cor experimentavam uma forma diferente de opressão em comparação com "as mulheres brancas de classe média" porque o gênero, raça e classe social estão intrinsecamente ligados (HULL, SMITH, SCOTT, 1982, p. 432). Nesta narrativa das identidades, o termo discriminação múltipla é usado para descrever a discriminação praticada por vários motivos, ao mesmo tempo, tais como gênero, classe, raça, etnia, religião, opção sexual, etc. Esta é a principal compreensão do termo. Athanasia Sia Åkermark (1999, p. 85) salienta que o vocábulo também pode ser utilizado para descrever a prática de discriminação em relação à vários direitos diferentes, ou mesmo condutas proibidas praticadas por diversos atores (por exemplo, o Estado, o marido ou o empregador), endereçadas às pessoas de grupos minoritários.

A teoria interseccional desbordou os círculos acadêmicos e de ativismo feminista norte americano e alcançou dimensão universal ligada à necessidade de formulação de conceito e extensão do direito antidiscriminação. Visitar a discussão teórica interseccio-

nal foi essencial para a construção dos documentos internacionais visando à proteção de minorias. Assim, a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias, criada pela ONU, pelo aporte do jurista italiano e seu Relator Especial Francesco Capotorti, no bojo do estudo realizado em 1977, com o fito de analisar os direitos previstos no art. 27 do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis, oferta o conceito de minoria:

Um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em posição não-dominante, cujos membros - sendo nacionais desse Estado - possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes das do resto da população e demonstre, pelo menos de maneira implícita, um sentido de solidariedade, dirigido à preservação de sua cultura, de suas tradições, religião ou língua. (CAPOTORTI, 1991, p. 96, parágrafo 568).

Este conceito de Francesco Capotorti assemelha-se ao do antropólogo Fredrik Barth (1976, p. 11), que situa o termo minoria no âmbito de uma comunidade que se perpetua biologicamente, compartilhando valores culturais, integrando um campo de comunicação e interação e identificação dos membros do grupo entre si, ao mesmo tempo em que são identificados por outros como constituindo uma categoria com peculiaridades próprias diferentes da maioria.

Nessa esteira, foi adotada em 1992, a Declaração das Minorias das Nações Unidas (DMNU), que em seu artigo 1º refere-se às minorias com base na identidade nacional ou étnica, cultural, religiosa e linguística, e prevê que os Estados devem proteger a sua existência. Não existe uma definição internacionalmente aceita sobre quais grupos constituem minorias. É frequentemente enfatizado que a existência de uma minoria é uma questão de fato e que qualquer definição deve incluir tantos fatores objetivos (como a existência de uma etnia compartilhada, língua ou religião), quanto fatores subjetivos (incluindo que os indivíduos devem se identificar como membros da minoria).

Embora a DMNU seja dedicada à proteção das minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas, vem solidificando-se o entendimento da importância ao combate à discriminação múltipla e de se investigar as situações em que uma pessoa pertencente a uma minoria nacional ou étnica, religiosa e linguística seja também discriminada por outros motivos, como gênero, deficiência física/intelectual ou orientação sexual, etc. Da mesma forma, é importante ter em mente que, em muitos países, as minorias são frequentemente encontradas entre os grupos mais marginalizados da sociedade e severamente afetados, por exemplo, por doenças pandêmicas, como HIV/AIDS, e em geral, têm limitações de acesso aos serviços de saúde.

Nesse âmbito, a discriminação interseccional é usada para descrever a interação entre as diferentes formas de discriminação e, portanto, inclui um elemento estrutural comum. Delineia como diferentes sistemas de discriminação, como racismo, patriarcado, pobreza e desvantagens econômicas, passam a criar "camadas de desigualdade que

estruturam as posições relativas aos homens e mulheres, raças e outros grupos” (ONU, 2000, online).

O fenômeno talvez possa ser melhor compreendido com o auxílio da seguinte metáfora, cunhada por Kimberlé Crenshaw (2003, p. 512) para a ideia de interseccionalidade, que ela ilustrou utilizando-se da simbólica “encruzilhada de tráfego (*Traffic Intersection Metaphor*).

In this metaphor, race, gender, class and other forms of subordination are the roads that structure the social, economic or political terrain. It is through these thoroughfares that dynamics of disempowerment travel. These thoroughfares are sometimes framed as distinctive and mutually exclusive avenues of power. But these thoroughfares often overlap and cross each other, creating complex intersections at which two, three or four of these avenues meet. Marginalized groups of women are located at these intersections by virtue of their specific identities and must negotiate the ‘traffic’ that flows through these intersections to avoid injury and to obtain resources for the normal activities of life. This can be dangerous when the traffic flows simultaneously from many directions. Injuries are sometimes created when the impact from one direction throws victims into the path of oncoming traffic, while on other occasions, injuries occur from simultaneous collisions. These are the contexts in which intersectional injuries occur – when multiple disadvantages or collisions interact to create a distinct and compound dimension of disempowerment.”

De volta, ao universo feminista negro estadunidense, a análise interseccional nasceu como uma tentativa de desconstruir a ideia monolítica da *mulher* e de superar a dicotomia entre raça e gênero, corrente no discurso feminista, pela sensibilização das vulnerabilidades específicas das mulheres de cor. Depois de focar a "tríade de discriminação" ou "triplo perigo" decorrente da inter-relação de raça, gênero e classe social, o discurso feminista, cada vez mais, passou a levar em consideração outras categorias de opressão (orientação sexual, religião, condição social e econômica e doença, etc.).

A compreensão interseccional, em espectro mais amplo, é adequada para combater a discriminação além das categorias tradicionais. A teoria interseccional ajuda a entender como a convergência de múltiplos fatores na vida de um ser humano se realiza e, mais especificamente, como racismo, gênero, classe, etnia, cultura e outros elementos contribuem para criar camadas de desigualdade entre as pessoas. Ao fazê-lo, a interseccionalidade desafia construções totalizantes de grupos específicos e sua estigmatização ou homogeneização.

O enfoque pode ser usado para descrever cada indivíduo como uma combinação dinâmica de categorias e identidades sociais (por exemplo, composto por gênero, raça, classe, etnia, religião, idade, saúde, língua, status econômico e social, filiação e educação). André de Carvalho Ramos (2016) afirma que nos últimos anos, os estudiosos da temática dos Direitos Humanos criaram diferentes atitudes positivas em relação

às classes analíticas utilizadas na perspectiva interseccional, com o fito de promover a igualdade material e a justiça social.

Esta apresentação rápida e não exaustiva tenta fornecer ao leitor uma ideia do debate complexo e ainda em curso sobre interseccionalidade, a fim de definir o marco teórico no qual o conceito de discriminação múltipla tem raízes. De fato, como Marsha Darling (2002, online) sublinhou: "Interseccionalidade é conceitualmente inseparável da antidiscriminação e dos direitos humanos das mulheres a partir dos padrões legais estabelecidos pela Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos".

A seguir, descreve-se o surgimento do conceito de "discriminação múltipla" no discurso jurídico internacional, com um olhar específico para os documentos legais que fazem referência à discriminação interseccional endereçada às mulheres.

3. RECONHECIMENTO DE DISCRIMINAÇÃO INTERSECCIONAL PELO DIREITO INTERNACIONAL APLICADA À MINORIA DAS MULHERES

Além do debate acadêmico, o combate à prática de condutas proibidas pelo seu matiz discriminatório foi incorporado aos instrumentos internacionais de direitos humanos. Nessa seara, o nascimento oficial do conceito de "discriminação múltipla" remonta a setembro de 1995, quando a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, adotou a Declaração de Beijing e a Plataforma de Ação, na qual mencionou-se expressamente à necessidade de se levar em consideração as "várias barreiras" enfrentadas pela minoria das mulheres. (ONU, 1995). Cinco anos mais tarde, no âmbito de Beijing + 5, ocorreu o Simpósio Feminista Global, durante o qual, o Movimento Internacional Contra Todas as Formas de Discriminação e Racismo (IMADR, na sigla em inglês) organizou um workshop enfocando a múltipla discriminação contra a minoria das mulheres, em paralelo à conferência patrocinada pela ONU Mulheres 2000, realizada em Nova York, em junho de 2.000 (ONU, 2000).

Os trabalhos permitiram às mulheres de diversos países aumentarem a consciência sobre a necessidade de construir uma rede de informação para se conectar dimensões de discriminação de gênero e de raça. Isso ajudou a deixar claro que a discriminação racial e étnica não afeta mulheres e homens da mesma forma (mulheres são mais propensas a sofrer com as práticas laborais discriminatórias e a serem mantidas em níveis profissionais inferiores ou empurradas para setores informais) e que, por outro lado, a discriminação de gênero tem um impacto diferente sobre mulheres negras e brancas, tanto em suas vidas públicas como privadas (mulheres pertencentes a grupos raciais discriminados não gozam de igualdade de acesso à saúde, educação e justiça).

Em 2001, o conceito de discriminação múltipla finalmente foi explicitamente previsto na Declaração e no Programa de Ação, assinada na Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, realizada em Durban, na África do Sul (ONU, 2001).

Em abril de 2009, a Conferência de Revisão de Durban foi realizada em Genebra, com o objetivo de avaliar os progressos alcançados nas metas estabelecidas na Declaração e Programa de Ação, acima referidos. Entre as atividades relevantes organizadas durante a Conferência, o evento paralelo "Probabilidades Duplas: Mulheres superando a discriminação múltipla" deve ser mencionado. Este fórum, de iniciativa do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, marcou o compromisso de longa duração da ONU na luta contra a discriminação múltipla. A certeza da necessidade de integrar a igualdade de gênero e racial em todas as políticas da Organização também levou a uma cooperação mais profunda entre o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial¹⁷²⁰, e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher¹⁷²¹. Esta cooperação visa integrar as dimensões de gênero e da discriminação racial nas ações da Organização das Nações Unidas (ONU, 2009).

Indo além da interseção de gênero e raça, a ONU adotou o termo "discriminação múltipla", em sua Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU). No Instrumento fica patente a necessidade de que não se deve ater apenas a um tipo genérico de opressão e discriminação endereçada às mulheres, mas sim levar-se em conta as questões identitárias próprias a cada indivíduo, constituindo um acervo indivisível.

Nessa esteira, o artigo 6º reconhece "que as mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas à discriminação múltipla e, neste respeito, devem tomar medidas para garantir o gozo pleno e igual de todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais" (ONU, 2008). Portanto, não se trata de ser menina e portadora de deficiência, mas em ser menina deficiente. Nesse sentido, a efetivação plena dos Direitos Humanos não pode descurar desta síntese de elementos constitutivos da pessoa.

De fato, com relação à discriminação múltipla ou composta, o Comitê de Direitos Econômico, Social e Cultural das Nações Unidas argumentou que alguns indivíduos ou grupos sofrem discriminação por mais de um dos motivos proibidos e que discriminação cumulativa afeta as pessoas de maneira especial e concreta e merece consideração particular e medidas específicas para combatê-la¹⁷²².

1720 Corpo de especialistas que monitora a efetividade da Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial discriminada pelos Estados Partes.

1721 Corpo de peritos independentes que monitora o cumprimento da Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de discriminação contra a Mulher.

1722 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Observación General No. 20, E/C.12/GC/20, 2 julio 2009, § 17.

Do ponto de vista estritamente jurídico, o principal obstáculo para a aplicação do acervo jurídico da ONU sobre discriminação múltipla é a falta de sanções e penalidades pelo não cumprimento, o que resulta da fragilidade impositiva do Direito Internacional. Não obstante o carácter não vinculativo das declarações e das iniciativas antidiscriminação das Nações Unidas, elas têm influenciado fortemente em sua concretização pelo Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, contra a discriminação múltipla e interseccional, como é descrito a seguir.

4. MARCO JURÍDICO ANTIDISCRIMINAÇÃO E VIOLÊNCIA INTERSECCIONAL NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Em paralelo ao sistema global de proteção de Direitos Humanos, constituído pelos instrumentos convencionais e extra convencionais da Organização das Nações Unidas, desenvolvem-se sistemas regionais de promoção, proteção e reparação de direitos violados, em âmbito geográfico comum, o que favorece a aproximação das comunidades e a busca de soluções para problemas comuns. Estes sistemas regionais, em tese guardam maior familiaridade com os temas que povoam o cotidiano das pessoas, são autônomos, mas complementam e atuam simultaneamente ao sistema global da Organização das Nações Unidas (ONU). Nas Américas, a Organização dos Estados Americanos (OEA) representa o sistema regional de Direitos Humanos. O tratado fundacional da Organização foi assinado em Bogotá, em 1948, entrando em vigor internacionalmente em 1952, após ratificação por quatorze Estados. A OEA propõe-se a alcançar uma ordem de paz, segurança e desenvolvimento mediante o fortalecimento da solidariedade subcontinente Americano, baseando-se na soberania, autodeterminação, autogoverno e independência de seus Estados-membros, sendo atualmente composta por trinta e cinco Estados americanos.

A OEA é o Fórum Multilateral mais antigo do Hemisfério para o fortalecimento da Democracia, bem como para a Promoção dos Direitos Humanos e atua na busca multidimensional da segurança e desenvolvimento dos Estados-membros, ao apoiar a cooperação jurídica interamericana (OEA, 2020). Assim, considerando a proposta da OEA de debater amplamente questões comuns relacionadas aos Direitos Humanos, nesta seção será examinada brevemente a maneira como a Organização tem tratado a proteção especial das mulheres, meninas e adolescentes e o reconhecimento dos seus direitos enquanto direito fundamental no plano regional e global.

Reafirmando o compromisso da região com a proteção internacional dos direitos foi adotada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica/CADH), que foi aprovada em 1969 e atingiu as ratificações necessárias para a entrada em vigência em 1978 e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres

do Homem (DADH), aprovada em 1948, em Bogotá. Na CADH estão previstas a vedação à todas as formas de discriminação e a proteção legal integral para todos os seres humanos, sem distinção de qualquer espécie, na letra do 1º Parágrafo do Preâmbulo, artigos 1 e 22, por meio de deveres jurídicos relativos à erradicação da violência e da discriminação. Estes deveres estão assentados no direito fundamental à igualdade entre homens e mulheres, a não-discriminação, à vida e a integridade pessoal.

Assim, resta garantido o direito das mulheres, meninas e adolescentes de experimentar existência livre de violência, em prestígio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no plano global e regional. No âmbito do sistema regional interamericano estes princípios, obrigações e direitos foram consagrados em instrumentos especializados como a Convenção Interamericana Para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) e pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989, CDC). Todos eles aludem o dever dos Estados em atuar de forma ampla e diligente para prevenir, proteger, investigar, sancionar e reparar toda a violação aos direitos humanos.

Com respeito aos direitos das meninas e adolescentes, ampliando o marco normativo acima referido, impende mencionar o artigo 19 da CADH, que consagra o Direito das Crianças; o artigo VII da DADH, que disciplina o direito das crianças à proteção, cuidados e ajudas especiais, bem como o artigo 16 do Pacto de San Salvador(PSS), o qual reconhece os direitos da infância. Ao já comentado se soma o *corpus juris* em matéria de direitos da infância, o qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão ou CIDH) vêm desenvolvendo para interpretar o conteúdo e alcance dos artigos 19 da CADH e VII da DADH¹⁷²³.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem expressado a sua preocupação de que na região as mulheres, meninas e adolescentes continuam enfrentando sérios desafios para lograr o pleno respeito e a proteção de seus direitos fundamentais, em contexto de violência e discriminação estrutural e endêmica contra elas e a permissividade social¹⁷²⁴. Em particular, pela prevalência alarmante de assassinatos de mulheres

1723 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos vêm se valendo de forma consistente em suas decisões ao *corpus juris* em relação aos direitos humanos dos meninos, das meninas e adolescentes, como o conjunto de normas fundamentais de conteúdo e efeitos jurídicos distintos (tratados, convenções, resoluções e declarações), assim como, às decisões adotadas por órgãos internacionais de direitos humanos, que se encontram vinculadas com vistas a garantir os direitos humanos dos meninos, das meninas e adolescentes. Podem ser consultados: Corte Interamericana de Direitos Humanos, “Meninos de Rua” (*Villagrán Morales e outros*) c. *Guatemala*, Mérito, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C No. 63, §. 192 - 194; Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional*, Opinião Consultiva OC-21/14, 19 agosto de 2014, Série A No. 21, §. 57; Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, Informe de la Comisión Interamericana dos Direitos Humanos, Violencia, niñez y crimen organizado, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 40/15, 11 novembro 2015, § 259-268; Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Menores detidos*, Honduras, Relatório No. 41/99, Caso 11.491, 19 de março de 1999, § 72; Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Jailton Neri da Fonseca*, Brasil, Relatório No.33/04, Caso no. 11.634, 22 de fevereiro de 2001, § 81.

1724 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Comunicado de Prensa No. 062/17, CIDH condena asesinatos de mujeres y urge a Estados a intensificar esfuerzos de prevención, 16 mayo 2017.

por motivo de estereótipo de gênero, em vários países das Américas¹⁷²⁵ sobretudo, no Brasil¹⁷²⁶, desapareições forçadas, assédio e violência sexual, entre outras formas de violência, bem como a manutenção de sérios obstáculos, as impedem de ter acesso oportuno e sem discriminação à justiça e um sistema de reparações e proteção integral frente a estes atos. No caso do Brasil, a Comissão instou o Estado a implementar estratégias abrangentes para prevenir tais eventos e cumprir sua obrigação de investigar, julgar e punir os responsáveis, bem como oferecer proteção e reparação integral a todas as vítimas¹⁷²⁷.

Sem embargo, apesar dos esforços dos órgãos do sistema americanos endereçado aos Estados-membros, dos avanços normativos derivados dessas incursões e admoestações, os países da região continuam mostrando alarmantes números relacionadas aos assassinatos de mulheres, desnudando os desafios para a superação dessa forma de violência. Segundo dados da CEPAL, a cada dia morrem em torno de 12 mulheres latino-americanas e caribenhas pelo simples fato de serem mulheres e vulneráveis, e, pelo menos 2.795 mulheres foram vítimas de assassinatos por motivo de gênero em 15 países de América Latina e do Caribe¹⁷²⁸.

Diante, deste contexto, a Comissão enfatiza e reforça os meios de prevenção, de eliminação da violência e discriminação contra as mulheres de maneira concertada, com recursos institucionais e financeiros apropriados, bem como pela adoção de medidas desenhadas com foco na perspectiva de gênero e sob o prisma interseccional¹⁷²⁹, *verbis*:

La CIDH ha entendido la perspectiva de género como un concepto que visibiliza la posición de desigualdad y subordinación estructural de las mujeres y niñas a los hombres, debido a su género, y como una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres, así como contra las personas con diversidad sexual y de género, de conformidad con los estándares interamericanos en la materia. Asimismo, la CIDH destaca que la superposición de varias capas de discriminación —la interseccionalidad— lleva o expone a una o varias formas de discriminación agravada que se expresan en experiencias cuyos impactos son manifestados con diferencia entre mujeres. Lo anterior, se ve reflejado en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará; dicho texto expresa la obligación de los Estados de tomar especial atención en la adopción de medidas para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, de “la situación de vulnerabilidad de la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada.

1725 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Comunicado de Prensa No. 250/18, Día Internacional de la Eliminación de la violencia contra la mujer, 25 noviembre 2018; Corte Interamericana de Derechos Humanos, González et al. (“Campo Algodoeiro”) c. México, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costos, 16 2009, §. 399- 401.

1726 Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias, 23 mayo 2012. A/HRC/20/16, § 15; Ley Modelo Femicidio MESECVI, pág. 11.

1727 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Comunicado de Prensa No. 044/2018, 8 marzo 2018, En el Día Internacional de la Mujer, la CIDH exhorta a los Estados a abstenerse de adoptar medidas que signifiquen un retroceso en el respeto y garantía de los derechos de las mujeres.

1728 Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe afirma: “Al menos 2.795 mujeres fueron víctimas de femicidio en 23 países de América Latina y el Caribe en 2017”, 15 de noviembre de 2018.

1729 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe*, 2019: Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 14 noviembre 2019.

Asimismo, la CIDH ha observado que los asesinatos afectan de forma específica a ciertos grupos de mujeres en situación de especial vulnerabilidad, como las mujeres afrodescendientes y las mujeres lesbianas y transexuales¹⁷³⁰. En el caso de Brasil, por ejemplo, mientras que los asesinatos de mujeres blancas han disminuido en los últimos años, los de mujeres negras continúan aumentando²⁸³. Asimismo, la Comisión ha visto con preocupación que 80% de las mujeres transexuales latinoamericanas mueren antes de los 35 años, muchas de ellas, asesinadas¹⁷³¹.

No desenvolvimento do marco jurídico protetivo, foram firmadas três convenções que preveem o conceito específico de discriminação múltipla, a Convenção Interamericana contra toda a forma de Discriminação e Intolerância e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, aprovadas em 2013, esta última já está em vigor no âmbito interamericano, desde 11.11.2017 (OEA, 2017). Portanto, as convenções são as pioneiras no plano internacional, por seu caráter juridicamente vinculante, que condenam a discriminação baseada em orientação sexual, identidade e expressão de gênero, raça, religião, opinião política, condição social ou de qualquer outra natureza.

Em tais instrumentos convencionais, há a expressa referência à discriminação múltipla, considerada como a discriminação que ocorre de modo concomitante, em dois ou mais critérios proibidos de discriminação, conforme o conceito partilhado em ambas as Convenções:

[...] Art. 1º - Para os efeitos desta Convenção: [...] 3. Discriminação múltipla ou agravada é qualquer preferência, distinção, exclusão ou restrição baseada, de modo concomitante, em dois ou mais dos critérios dispostos no Artigo 1.1, ou outros reconhecidos em instrumentos internacionais, cujo objetivo ou resultado seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes, em qualquer área da vida pública ou privada.

A fim de garantir a plena efetividade, ambas as Convenções estabeleceram um mecanismo de monitoramento das obrigações assumidas, no art. 15, item “iv”. O Comitê Interamericano para a Eliminação do Racismo, Discriminação Racial e Todas as Formas de Discriminação e Intolerância deverá acompanhar a implementação de ambas as Convenções, para o qual cada Estado-membro deverá apontar um representante, e entrará em vigor após a décima ratificação de qualquer dos dois instrumentos internacionais.

No mesmo sentido, a Convenção vincula os Estados Partes ao compromisso de adotar políticas especiais ou ações afirmativas para garantir o gozo a direitos e liberdades fundamentais (art. 5), bem como, no sentido de “adotar legislação que defina e proíba”

1730 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Comunicado de Prensa No. 062/17, CIDH condena asesinatos de mujeres y urge a Estados a intensificar esfuerzos de prevención. 16 mayo 2017.

1731 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Comunicado de Prensa No. 137/15, En el Día Internacional de la Memoria Trans, CIDH urge a los Estados a aumentar la expectativa de vida de las personas trans en América, 20 noviembre 2015; TELAM. El promedio de vida de las personas trans que murieron en 2018 es de 36 años, 23 febrero 2018.

a prática de atitudes discriminatórias, tanto no setor público como no privado (art. 7), inclusive aquelas direcionadas a “determinadas pessoas e grupos [que] vivenciam formas múltiplas ou extremas de racismo, discriminação e intolerância, motivadas por uma combinação de fatores como raça, cor, ascendência, origem nacional ou étnica, ou outros reconhecidos em instrumentos internacionais” (OEA, 2013, Preâmbulo).

Ao imprimir maior efetividade, as Convenções trazem a possibilidade para aqueles Estados, que não tiverem aceito à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em matéria contenciosa, de agir especificamente em matérias referentes à interpretação ou aplicação da Convenção sobre Racismo e sobre Discriminação e Intolerância, ao criarem políticas públicas e legislação antidiscriminação no âmbito nacional. São exemplos dessa situação, os Estados Unidos e o Canadá. Nessa seara, prevê-se a possibilidade de os Estados Partes, “de pleno direito, e sem acordo especial” reconhecerem a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois assim podem, em não cumprindo ao que assinaram e ratificaram, serem responsabilizados pela Corte por sua omissão ou ação que viole os direitos nela dispostos, com base nas normas de procedimento pertinentes constantes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA, 2013, art. 15, iii).

Da mesma maneira, a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos dos Idosos¹⁷³² adotou expressamente o conceito de discriminação, e consagra a discriminação múltipla endereçada às mulheres, bem como a outras minorias:

Artigo 5º - Igualdade e não discriminação por razões de idade

...

Fica proibida pela presente Convenção a discriminação por idade na velhice. Os Estados Partes desenvolverão enfoques específicos em suas políticas, planos e legislações sobre envelhecimento e velhice, com relação aos idosos em condição de vulnerabilidade e os que são vítimas de discriminação múltipla, incluindo as mulheres, as pessoas com deficiência, as pessoas de diversas orientações sexuais e identidades de gênero, as pessoas migrantes, as pessoas em situação de pobreza ou marginalização social, os afrodescendentes e as pessoas pertencentes a povos indígenas, as pessoas sem teto, as pessoas privadas de liberdade, as pessoas pertencentes a povos tradicionais, as pessoas pertencentes a grupos étnicos, raciais, nacionais, linguísticos, religiosos e rurais, entre outros.

5. NA INTERSECÇÃO DE ORIGEM ÉTNICA OU RACIAL E GÊNERO: A MATERIALIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO INTERSECIONAL

Em termos globais, ser mulher ou ser membro de uma minoria étnica está associado a certa quantidade de vulnerabilidade. Evidência desta vulnerabilidade tende a

¹⁷³² A Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas foi concluída no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), celebrada em Washington, em 15 de junho de 2011, aprovada pela Assembleia Geral, artigo 2.

ser de natureza estrutural, incluindo estatísticas sobre analfabetismo, pobreza, situação socioeconômica e assim por diante. Pobreza, saúde precária e analfabetismo, na verdade, são caracterizados como os fatores de risco estruturais supremos.

Apesar de afirmar-se amplamente que setenta por cento das mulheres vivem em extrema pobreza (2000), pesquisas recentes e dados credíveis das Nações Unidas Mulher e do World Bank's Global Monitoring Database (GMD - 2017) analisaram as diferenças de gênero no tocante ao bem-estar no plano global e provaram o contrário. Na verdade, o que se sabe dos dados existentes é que as mulheres respondem por cerca de 50%, e não 70%, dos mais pobres do mundo¹⁷³³, embora, como argumenta-se a seguir, isso não signifique que a pobreza seja neutra em termos de gênero.

Os números apresentados acima podem ser questionados, porque os dados existentes sobre a pobreza dificultam a visão clara das verdadeiras dimensões de gênero contidas na pobreza. A pobreza é, em geral, medida no nível do consumo de bens ou de renda distribuída em um determinado domicílio - o que significa que, se uma família vive em miséria, presume-se que todas as pessoas sob esse teto vivem no mesmo nível de privação. No entanto, evidências e senso comum demonstram que isso raramente é o caso: mulheres, crianças, pessoas com deficiências e idosos, por exemplo, frequentemente, recebem porções menores de comida ou são destinatárias de menos investimentos em educação e saúde.

A literatura aponta que o real bem-estar de cada membro não é levado em consideração e que os dados, geralmente, ignoram as disparidades internas entre os moradores, no tocante ao acesso e consumo de bens (GROWN, 2014; LANJOUW, 2012; DEERE et al., 2012). Por exemplo, em dois terços dos países, as mulheres tendem a reportar insegurança alimentar, como em Belize, onde a prevalência de segurança alimentar entre as mulheres está entre 10 pontos percentuais em relação aos homens e no Peru esta diferença baixa para 8 pontos (ONU, 2017).

De fato, a renda familiar e o consumo podem não ter relação com a pobreza das mulheres porque estas não têm necessariamente acesso a eles (BRADSHAW 2002; CHANT, 2010; BESSELL, 2014). As conclusões derivadas de um modelo unitário de comportamento familiar, baseado na noção de um único tomador benevolente de decisões ou no consenso entre os membros, muitas vezes não encontram apoio empírico (LUNDBERG ET AL., 1997).

Constata-se que minorias e povos indígenas tendem a sofrer com a disparidade social e econômica em relação às majorias nacionais, às vezes como resultado de políti-

¹⁷³³ As of 2013, an estimated 767 million people lived below the international poverty line of \$1.90 a day. How many among them are women and girls is still unknown, although research in various countries has shown that women and girls fare worse than men and boys on a range of factors that may predispose them to poverty, including having their own source of income, ownership and control of assets and decision-making within their households. Until now there has been no credible global estimates of the number of people living in extreme poverty disaggregated by sex. (UN Women, 2017, online).

cas de repressão e assimilação. No que diz respeito às mulheres, ocorreu a feminização da pobreza: A interseção estrutural entre origem étnica e racial e gênero é frequentemente evidente no mercado de trabalho. Isto tem, em grande medida, a ver com a compreensão tradicional da divisão social do trabalho, em que se espera que os homens sejam chefes de família e mulheres parideiras de filhos, criadoras e cuidadoras (FREDMAN; SZYSZAK, 1993, p. 218).

Os autores assinalam que na África do Sul, a taxa de desemprego é de 11,5% para homens e 14,7% para mulheres, e quanto a “raça”, 3,9% para mulheres brancas e 17,9% para mulheres negras (ONU MULHER, p. 220). "Elas também são mais discriminadas do que os homens em todos os países, de acordo com o relatório intitulado "Transformando Promessas em Ações: Igualdade de Gênero na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável" (ONU MULHER, 2017):

A Agenda 2030 promete por fim às barreiras que impedem mulheres e meninas de atingir seu pleno potencial. Mas significativos desafios estão à frente:

5.1 Em 18 países, os maridos podem impedir legalmente que suas esposas trabalhem; em 39 países, filhas e filhos não têm direitos de herança iguais; e 49 países carecem de leis que protejam as mulheres da violência doméstica.

5.2 Globalmente, 1 em cada 5 mulheres e meninas com menos de 50 anos relataram ter sofrido violência física e / ou sexual por um parceiro íntimo em um período de 12 meses.

Esse número é ainda maior para a América Latina e o Caribe, com 21,0% de mulheres e meninas de 15 a 49 anos relatando ter sofrido violência física e / ou sexual por um parceiro íntimo nos últimos 12 meses (tradução livre).

Segundo o Relatório acima mencionado, a taxa de alfabetização das mulheres em todo o mundo é de 71%, comparada a 83% para os homens, e nos países em desenvolvimento, é de 39% para as mulheres e 59% para os homens (ONU MULHER, 2017), o que demonstra prontamente a existência de desvantagem interseccional. As mulheres também são mais discriminadas do que os homens em todos os países. A interseção estrutural entre origem étnica e racial e gênero é frequentemente evidente no mercado de trabalho.

No tocante à América Latina, A Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL, 2019) adverte que a pobreza afeta de forma particularizada, segundo características sociodemográficas próprias, os distintos subgrupos da população latino-americana.

Por ejemplo, la CEPAL, sobre la base de datos de alrededor de 2017, indica que, en el agregado regional, la incidencia de la pobreza y de la pobreza extrema era mayor entre los residentes de zonas rurales, la población de menor edad, los menos escolarizados, las mujeres en edad activa, las personas indígenas y la población afrodescendiente, entre otros. Estas disparidades en la incidencia de la pobreza según distintas características sociodemográficas se han constatado en otros estudios previos realizados en la región (CEPAL, 2014, 2016 y 2018).

El cociente entre la tasa de pobreza de las mujeres y la de los hombres, en edades entre los 20 y 59 años, corresponde al índice de feminidad de la pobreza, con el que la CEPAL da cuenta habitualmente de las desigualdades de género en la pobreza. Entre 2014 y 2018, el índice de feminidad de la pobreza a nivel regional se mantuvo constante en 1,13, mientras que el de la pobreza extrema alcanzó 1,15 en 2014 y 1,18 en 2018.

Enquanto a maioria das diferenças observadas em relação à pobreza entre homens e mulheres pode ser atribuída a diferenças de idade e eventos de vida, ainda há algumas que não podem ser explicadas por ter filhos, falta de educação, trabalho remunerado ou outras características domésticas. Em resumo, as diferenças em pobreza observadas entre homens e mulheres podem ser menos um reflexo da realidade e mais um resultado do fato de que a pobreza é medida no nível familiar e pela suposição de que todos os membros do domicílio são classificados como estando dentro ou fora da pobreza. e, quando considerando todas as idades, a proporção de homens para mulheres é de aproximadamente 50/50 em lares pobres e não pobres.

Essas inexplicáveis diferenças de gênero, que podem ser chamadas de penalidades da pobreza, afetam desproporcionalmente mulheres jovens e meninas até os 30 anos. Essa pena paga por ser pobre é responsável por cerca de 5 milhões de mulheres vivendo em extrema pobreza no mundo, particularmente no sul da Ásia, na África Subsaariana e na América Latina. Isso sugere a necessidade de se olhar para além das razões tradicionais que podem explicar as diferenças na pobreza entre mulheres e homens, e explorar mais áreas para uma ação significativa para ajudar mulheres, homens e famílias inteiras a sair da pobreza, com foco na eliminação das discriminações interseccionais, pela via do reconhecimento e promoção dos direitos humanos das mulheres e meninas de forma premente pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e pela constitucionalização desses direitos no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

6. DO ITER PROCEDIMENTAL PERANTE A CIDH E A RECEPÇÃO PELA CIDH, A PARTIR DA ADMISSÃO DA DEMANDA DA DOGMÁTICA DE DISCRIMINAÇÃO COM BASE NA DISCRIMINAÇÃO INTERSECCIONAL DE MULHERES, MENINAS E JOVENS E POR GÊNERO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

O caso paradigmático do reconhecimento da existência de discriminação múltipla, pela primeira vez, na espécie endereçada a menor Talía Gabriela Gonzales Lluy, a qual foi expulsa pelo diretor da escola pública em que estudava, mediante denúncia de sua professora. Talia Lluy, aos cinco anos de idade, era aluna regularmente matriculada no jardim da infância do sistema público educacional equatoriano, do qual foi expulsa da escola pública por motivos relacionados ao seu estado de saúde, uma vez que era, desde os três anos de idade, portadora de HIV. Vale acrescentar, que a síndrome da imu-

nodeficiência foi adquirida como consequência de uma transfusão de sangue realizada em hospital público sem que fossem feitos os devidos testes sorológicos. Teresa Lluy, mãe da criança, ajuizou uma ação de amparo constitucional contra o Ministério de Educação e Cultura, o diretor da escola e a professora, em razão da privação ao direito à educação de Talía, e solicitou sua reintegração na escola, bem como uma reparação pelos danos sofridos.

Não obstante, o Tribunal nacional entendeu que havia um conflito de interesses, entre os direitos e garantias individuais de Talía em relação ao interesse de uma comunidade estudantil, o qual deveria ser resolvido em favor do interesse dos direitos sociais e coletivos, no caso, sobressaindo o direito à vida da coletividade em desfavor ao direito à educação¹⁷³⁴. Por sua vez a entendeu a autoridade jurisdicional nacional que Talía podia exercer seu direito de acesso à educação “mediante uma instrução particularizada y a distância”¹⁷³⁵.

Diante da omissão do Estado equatoriano e da falta de uma prestação jurisdicional satisfatória no âmbito interno, a questão envolvendo o farpeamento de direitos de uma menina foi submetida perante a CIDH, por meio de petição inicial, datada de 26 de junho de 2006, apresentada por Iván Patricio Durazno Campoverde. a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade No. 89/09. Na sequência, em 5 de novembro de 2013, a Comissão emitiu o Relatório de Mérito, No. 102/13, de conformidade com o artigo 50 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁷³⁶. De acordo com a Comissão IDH (2013, § 1), o Estado demandado não velou adequadamente e não agiu em estrito cumprimento do dever de garantia especificamente “su rol de supervisión y fiscalización frente a entidades privadas que prestan servicios de salud”. Asimismo, la Comisión concluyó que la falta de respuesta adecuada por parte del Estado, principalmente la omisión en la prestación de atención médica especializada, continuó afectando el ejercicio de los derechos de la presunta víctima; y consideró que la investigación y proceso penal interno no cumplieron con los estándares mínimos de debida diligencia para ofrecer un recurso efectivo a la presunta víctima y sus familiares, Teresa e Iván Lluy, incumpliendo además con el deber de especial protección frente a Talía Gonzales Lluy en su calidad de niña”.

1734 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gonzales Lluy et al. c. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, 1 setembro 2015, Series C No. 298, § 269. O Tribunal Distrital equatoriano no Contencioso N° 3 declarou inadmissível o recurso de amparo constitucional, considerando que “exist[ia] un conflicto de intereses, entre los derechos y garantías individuales de [Talía] frente a los intereses de un conglomerado estudiantil, colisión que hac[ia] que predomin[ara]n los sociales o colectivos, como lo es, el derecho a la vida, frente al derecho de la educación”.

1735 Cfr. § 144 da Sentença do Tribunal equatoriano.

1736 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *TGGL et al.*, Ecuador, Relatório No. 102/13, Caso No. 663/06, 5 novembro 2013, § 2, no qual conclui: “La Comisión concluyó que el Estado era responsable por la violación de los derechos a la vida digna, integridad personal, garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento internacional, así como por la violación transversal del artículo 19 de la Convención. Asimismo, concluyó que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad psíquica y moral, a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 5, 8 y 25 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 del mismo instrumento en perjuicio de la madre y el hermano de Talía”.

Diante do descumprimento das Recomendações e da Notificação ao Estado, mediante comunicação de 18 de novembro de 2013, na qual a CIDH acordava um prazo de dois meses para informar sobre o cumprimento das Recomendações, o Estado permaneceu inerte e silente. Em consequência, ficou mantida a inteireza do Relatório de Fundo prévio e abre caminho para a submissão do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁷³⁷.

Em sede do julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) foi reconhecido, além do farpeamento de direitos previstos na CADH, o mal ferimento de uma norma prevista no Protocolo Adicional a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, (Protocolo de San Salvador)¹⁷³⁸. Para tal efeito, no caso em estudo, a Corte declarou a violação do “direito à educação” consagrado no artigo 13 do mencionado Protocolo, uma vez que Talía Gabriela Gonzales Lluy foi expulsa pelo diretor, mediante denúncia da professora. Talia Lluy, aos cinco anos de idade, matriculada no jardim da infância do sistema público educacional foi expulsa do Colégio por motivos relacionados a seu estado de saúde, uma vez que era, desde os três anos de idade, portadora de HIV.

Em sua Sentença, a Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que o risco real e significativo de contágio que colocava em risco a saúde das crianças pela presença de Talía era extremamente reduzido; e enfatizou que, no contexto de um julgamento de necessidade e estrita proporcionalidade da medida, os meios escolhidos pelas autoridades internas constituíam a alternativa mais prejudicial e desproporcional daquelas disponíveis para atender ao objetivo de proteger a integridade dos outros meninos e meninas da escola de ensino básico.

Nesse sentido, a Corte considerou que o Estado violou o direito à educação de Talía, contemplado no artigo 13 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos na Área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, previstos no "Protocolo de San Salvador". Portanto, avançando na justicionalidade direta dos direitos econômicos, sociais, culturais, ambientais (DESCA), em prestígio da evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do próprio desenvolvimento do *corpus juris* interamericano em sua integralidade, por meio do reconhecimento da interseccionalidade como determinante dos vários fatores que concorreram com a discriminação.

1737 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte o presente caso sob o nome "*TGGL e família c. Equador*". A Comissão adotou a preservação de identidade da suposta vítima por tratar-se de uma menina, assim como a reserva de identidade de sua mãe e dos doadores de sangue. Ao apresentar as petições, requerimentos e argumentos, os representantes informaram que Talía Gabriela Gonzales Lluy, doravante maior de idade, havia decidido não preservar a reserva de sua identidade. De igual maneira esclareceram que o nome de sua mãe era Teresa Lluy. Tendo em conta esta decisão, a denominação que teve o caso durante o trâmite perante a Comissão, a nova denominação passou a ser "*Gonzales Lluy et al. c. Equador*".

1738 Adotado em San Salvador, El Salvador, no dia 17 de novembro de 1988, no Decimo Oitavo Período Ordinário de Sessão da Assembleia Geral da Organização de Estados Americanos ("OEA"), entrando em vigor em 16 de novembro de 1999. Até esta data este Protocolo está vigente em 16 países: Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname e Uruguai.

1. La Corte IDH concluyó que el riesgo real y significativo de contagio que pudiese en riesgo la salud de las niñas y niños compañeros de Talía era sumamente reducido. En el marco de un juicio de necesidad y estricta proporcionalidad de la medida, el Tribunal Interamericano resaltó que el medio escogido constituía la alternativa más lesiva y desproporcionada de las disponibles para cumplir con la finalidad de proteger la integridad de las demás niñas y niños del establecimiento educativo. Asimismo, la autoridad nacional utilizó argumentos abstractos y estereotipados para fundamentar una decisión que resultó extrema e innecesaria, por lo que la decisión constituyó un trato discriminatorio en contra de Talía. Además —tal como profundizo en un apartado posterior—, la Corte IDH consideró que la víctima **sufrió una discriminación derivada de su condición de persona viviendo con VIH, de niña, de mujer y en condición de pobreza, utilizando el Tribunal Interamericano por primera vez el concepto de “interseccionalidad” para el análisis de la discriminación (Grifou-se).**

Em virtude dessas violação reconhecidas por unanimidade na sentença, a Corte CIDH decide¹⁷³⁹:

El Estado es responsable por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, reconocidos en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por la violación de la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy, en los términos de los párrafos 167 a 191 de esta Sentencia. 4. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Teresa Lluy e Iván Mauricio Lluy, en los términos de los párrafos 211 a 229 de esta Sentencia. 5. El Estado es responsable por la violación del derecho a la educación, reconocido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana, en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy, en los términos de los párrafos 233 a 291 de esta Sentencia. 6. El Estado es responsable por la violación de la garantía judicial del plazo razonable en el proceso penal, reconocida en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy, en los términos de los párrafos 298 a 316 de esta Sentencia.

Em consequência direta da condenação imposta ao Estado, em sede de Reparações, a Corte entendeu que a sentença de per se já era uma forma d explícita de reparação. Assim, determinou que o Estado equatoriano, de forma ampla, deve adotar medidas internas que visem coibir a repetição das vulnerações aos direitos previstos em sede da DUDH por meio de implantação de políticas públicas, as quais deverão ser oportunamente informadas à Corte. No tocante à requerente, deve custear gratuitamente, o tratamento médico psicológico e psiquiátrico, inclusive, acrescidos de valores devidos para a aquisição dos medicamentos prescritos, nos termos dos parágrafos 355

1739 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gonzales Lluy et al. c. Ecuador*, XIII Puntos Resolutivos, Serie C No. 298, § 3-8.

a 360 da Sentença em análise. Na mesma linha, deve conceder uma bolsa a Talía para continuar seus estudos até a universidade. A bolsa não estava condicionada à obtenção de qualificações que a tornem uma bolsa de excelência; deverá o Estado conceder à Talía Gonzales Lluy uma bolsa de estudos para a realização de uma pós-graduação, que não esteja condicionada ao seu desempenho acadêmico durante os estudos de graduação¹⁷⁴⁰.

O caso em exame espelha a existência de estigma que rotula os portadores de HIV. Afinal, conforme aponta Douglas (1976), o puro e o impuro são fenômenos que transcendem a esfera da assepsia físico-biológica e de saúde e constituem marcas que estabelecem coerência cultural, naturalizam e impõem ações. A sujeira ou a doença está relacionada à desordem, ao perigo, ao erro, à violência e ao anormal. Elas contaminam a quem com ela lida, ao mesmo tempo em que irá com ela lidar, quem já se encaixa nas suas características.

Ressalta-se o pensamento de Kristeva (1986) ao acrescentar que, por meio da exclusão e da segregação, determinadas coisas e pessoas são designadas abjetas. Logo, a sociedade arregimenta forças para que os sujeitos abjetos sejam controlados, tenham seus limites claros, sejam contidos e rejeitados, mantidos fora do corpo social cuja identidade dos seus membros é dita imaculada, limpa e, finalmente, os primeiros são excluídos. Para Butler (1990), trata-se de um processo pelo qual os “outros genderizados, racializados”, empobrecidos são transformados por diversas estratégias de desigualdades políticas, simbólicas, discursivas, econômicas em verdadeiro lixo, produzindo a estabilidade e a coerência das identidades hegemônicas justamente nesta diferenciação daqueles/as que são abjetos.

Quanto às sérias consequências da ocorrência de discriminação baseada em vários fatores que se reúnem. A Corte IDH adverte: “[Em suma, a interseccionalidade no presente caso é fundamental para entender a injustiça específica do que aconteceu com Talía e a família Lluy, que só pode ser entendido no âmbito da convergência das várias discriminações ocorridas. A interseccionalidade constitui um dano diferente e único, distinto das discriminações avaliadas separadamente. Nenhuma das discriminações avaliadas isoladamente explicariam a particularidade e especificidade do dano sofrido na experiência interseccional. No futuro, o O Tribunal de I / A HR poderá especificar o escopo dessa abordagem, o que contribuirá para redimensionar o princípio da não discriminação em certos tipos de casos¹⁷⁴¹.”

Em julgamento mais recente, a Corte IDH reconhece que a concordância de vários fatores que causam discriminação pode terminar com a afetação de outros Direitos Humanos, quando declarar isso; “O presente caso é um exemplo das múltiplas formas

1740 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gonzales Lluy et al. c. Ecuador*, XIII, Puntos Resolutivos, Serie C No. 298, § 9-19.

1741 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gonzales Lluy et al. c. Ecuador*, XIII, Puntos Resolutivos, Serie C No. 298, § 12.

de discriminação que afetam o gozo e o exercício dos direitos humanos por alguns grupos de mulheres, como I.V, com base na interseção de vários fatores, como sexo, status e posição dos migrantes econômicos¹⁷⁴² ". Nesse caso, a representante da Sra. I.V apontou na época que sua representante foi discriminada por causa de sua condição de mulher, pobre, peruana e refugiada, discriminação que acabou fazendo com que a mulher fosse esterilizada sem o seu consentimento ". Dessa forma, solicitou à Corte que também determinasse se, no caso da Sra. I.V verificou-se discriminação múltipla ou se os diferentes critérios alegados convergiram de maneira interseccional na configuração de uma situação particular e específica de discriminação. A Corte reconheceu que certos grupos de mulheres sofrem discriminação ao longo da vida com base em mais de um fator combinado ao sexo, o que aumenta o risco de violência e outras violações aos direitos humanos. Nesse ponto, o Tribunal salienta que a esterilização sem consentimento é um fenômeno que, em vários contextos e partes do mundo, teve um impacto maior sobre as mulheres que fazem parte de grupos com maior vulnerabilidade a sofrer essa violação dos direitos humanos, seja por sua posição socioeconômica, raça, deficiência ou vivendo com HIV ". Também é reconhecido como a discriminação interseccional pode afetar o exercício legítimo de outros direitos, ao consignar que "ademais, a Corte observa que, no caso da Sra. I.V., vários fatores de discriminação convergiram para dificultar/impedir o acesso à justiça associado ao seu status de mulher, sua posição socioeconômica e seu status de refugiada¹⁷⁴³".

Aproximando a questão da interseccionalidade da jurisprudência nacional e especificamente da emanada da Suprema Corte do Brasil é que lembramos o que foi declarado na decisão *Almonacid Arellano et al. c. Chile*, em relação ao controle da convencionalidade, onde se afirma que, "em outras palavras, o Judiciário deve exercer uma espécie de "controle da convencionalidade entre as normas legais internas que se aplicam em casos específicos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa tarefa, o Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete máxima da Convenção Americana de Direitos Humanos, fez dela¹⁷⁴⁴." Deve-se lembrar também o que é declarado no artigo 64 da CADH, que as Cortes Supremas dos países signatários poderão endereçar consultas à Corte sobre a mesma Convenção ou sobre outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, as quais serão vinculantes.

O Tribunal foi além e afirmou que tal controle de convencionalidade pela magistratura nacional deve ser exercido *ex officio*. Dessa forma, no caso *Trabajadores Dispen-*

1742 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *I.V. c. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones e Custas, 25 de maio 2017, § 329.

1743 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *I.V. c. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones e Custas, 25 de maio de 2017, § 12.

1744 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Almonacid Arellano et al. c. Chile*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, 26 de setembro de 2006, Series C N. 154, §. 124. No mesmo sentido, v.g., o caso *La Cantuta c. Peru*, Mérito, Reparaciones e Custas, 29 de novembro de 2006, Série C No. 162, § 173, 29 novembro 2006.

sados do Congresso, deixou claro que “os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só um controle de constitucionalidade, mas também de convencionalidade ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente que no marco de suas respectivas competências e das disciplinas processuais correspondentes¹⁷⁴⁵” (§ 128). Da mesma forma, se confrontamos as decisões nos casos *Almonacid Arellano c. Chile* e *Trabajadores Dispensados do Congreso c. Peru*, fica evidente o aumento de determinação jurídica em torno da natureza e primazia do controle de convencionalidade que se opera nos termos assentados no primeiro julgado referido. Na verdade, enquanto, em *Almonacid Arellano c. Chile*, a Corte expressou, de maneira um tanto genérica, que o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade”, em *Trabajadores Dispensados do Congreso* deixou textualmente consignado que os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só um controle de constitucionalidade, senão também de convencionalidade. Em síntese, já não se referiu de forma difusa a “uma espécie de controle de convencionalidade”, senão que expressamente consignou, o dever dos juízos investidos de jurisdição em exercer o duplo dever, qual seja, o controle de constitucionalidade, o “controle de convencionalidade”. E se a isso somamos que, como vimos no mesmo caso, a Corte determinou aos Magistrados que realizem o controle de convencionalidade inclusive de ofício (e, por óbvio, também a pedido da parte), é iniludível que a Corte IDH apostou em reforçar a carga preceptiva de tal fiscalização de convencionalidade.

Em consequência, considerando que desde 2015 a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece a interseccionalidade e que, em geral, sua incorporação aos tratados que compõem o sistema interamericano é extensa, apesar de mais recente, por força da doutrina da convencionalidade, já mencionada, as Cortes Supremas interamericanas não podem abster-se de reconhecer e, consequentemente, aplicar reparações aos casos de discriminação interseccional nos seus julgados. No entanto, a pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro revela o silêncio conveniente desse termo, nunca tendo sido usado direta ou literalmente¹⁷⁴⁶.

Considerando esses dados, constata-se que o âmbito de aplicabilidade é reduzido, já que existem poucas decisões envolvendo à perspectiva de discriminação com base em mais de um fator de discriminação ao mesmo tempo. Em suma, a pesquisa jurisprudencial revela que a Suprema Corte brasileira, até-m-se a mencionar. sexo e gênero, entre, as causas de vulneração de minoria das mulheres, meninas e jovens. Menciona-se à guisa de exemplo, que em 2009, a Corte decidiu sobre um caso que trata da constituciona-

1745 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Aguado Alfaro et. al. (“Trabajadores Cesados del Congreso”) c. Peru*, Mérito, Reparaciones e Custas, 24 de novembro de 2006, Series C N. n. 158., § 128.

1746 A fim de demonstrar essa escassez de abordagem interseccional foram realizadas buscas e análise de casos que versam sobre temas do constitucionalismo feminista no sítio web do STF (www.stf.jus.br), por meio de pesquisa jurisprudencial, utilizando as palavras-chave “interseccionalidade”, “discriminação interseccional”, “direitos das mulheres”, “discriminação contra mulheres”, “discriminação por gênero e sexo”, “direito à autonomia sexual e reprodutiva”..

lidade de alguns artigos da Lei Maria da Penha¹⁷⁴⁷ (Lei n. 11.340/2006) por meio de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC n. 19/STF). Como amplamente sabido, com a Lei Maria da Penha, mulheres passaram a ter proteção do Estado, já que estão mais suscetíveis a serem vítimas de violência. Nos termos da ementa:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LEI N. 11.340/06 - GÊNEROS MASCULINO E FEMININO - TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei n. 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros - mulher e homem -, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira [...] (ADC n. 19/STF)

A questão é emblemática, já que, por meio dessa decisão, o STF pode se debruçar na análise conjuntural e histórica de desigualdade de gênero e de violência existente na sociedade brasileira. Em boa hora, o ministro Marco Aurélio Mello entendeu que o art. 1º da referida Lei foi criado “sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros - mulher e homem -, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. [...]” (ADC n. 19/STF). Ademais, considerou que o art. 41 dessa lei está em consonância com o parágrafo 8º, do art. 226 da CF/88, ao estabelecer que é competência do Estado criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar.

Merecem destaque as posições das duas únicas ministras da Corte, Rosa Weber e Cármen Lúcia Rocha, considerando que, pela lente da perspectiva de violência de gênero, é fundamental a participação das mulheres e de minorias em seus quadros. Conforme entendimento da ministra Cármen Lúcia Rocha, a presença de ações como essa em discussão significa “que a luta pela igualação e pela dignificação (das mulheres) está longe de acabar” (ADC n. 19/STF). Com relação à desigualdade de gênero e à violência, a ministra destacou:

Enquanto houver situações de violência, temos de ter o tratamento para fazer leis como essa, que são políticas afirmativas, que fazem com que a gente supere - não para garantir a igualdade de uma de nós: juízas, advogadas, senadoras, deputadas, servidoras públicas -, mas a igualação, a dinâmica da igualdade, para que a gente um dia possa não precisar provar que nós precisamos estar aqui porque, sendo mulher, tanto não seria o “normal”. E

1747 Comissão Americana de Direitos Humanos, *Maria da Penha Maia Fernandes c. Brasil*, Relatório nº 54/0, Caso 12.051, 4 abril 2001, § 61. Nos autos A vítima de violência doméstica Maria da Penha Maia Fernandes, era casada com Marco Antônio Heredia Viveros, e foi submetida aos maus tratos durante 23 anos de casamento. Em 1983, o marido por duas vezes, tentou assassiná-la. Na primeira vez, com arma de fogo, deixando-a paraplégica, e na segunda, por eletrocussão e afogamento. Após essa tentativa de homicídio ela o denunciou, pôde sair de casa devido a uma ordem judicial e iniciou a batalha para que seu então marido fosse condenado. Entretanto, o caso foi julgado duas vezes e, devido alegações da defesa de que haveria irregularidades, o processo continuou em aberto por alguns anos. Em razão desse fato, o Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino - Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), juntamente com a vítima, formalizaram uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, ocasião em que o país foi condenado por não dispor de mecanismos suficientes e eficientes para proibir a prática de violência doméstica contra a mulher, sendo acusado de negligência, omissão e tolerância. Além disso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recomendou a finalização do processo penal do agressor de Maria da Penha, a realização de investigações sobre as irregularidades e os atrasos no processo, a reparação simbólica e material à vítima pela falha do Estado em oferecer um recurso adequado para a vítima e, por fim, mas não menos importante, a adoção de políticas públicas voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher.

digó isso, porque alguém acha que, às vezes, uma juíza deste Tribunal não sofre preconceito. Mentira! Sofre! Não sofre igual a todas as mulheres, outras sofrem mais do que eu. Mas, sofrem. Há os que acham que isto aqui não é lugar de mulher, como uma vez me disse uma determinada pessoa sem saber que eu era uma dessas: “Mas, também, lá agora tem até mulher”. (ADC n. 19/STF, grifo nosso)

Observa-se que o voto expõe a discriminação sofrida por mulheres de diferentes classes sociais, econômicas e políticas em decorrência da desigualdade de gênero. Constatação disso é que historicamente no Brasil “a mulher não podia ler, porque era relação de poder, não era de afeto; não podia votar, porque não era nem gente, que dirá cidadã! E que dirá depois querer mesmo ser juíza! Não podia!” (ADC n. 19/STF). Embora não citando a discriminação interseccional, o voto afirma que “isto tudo [...] vai contra o que é o constitucionalismo contemporâneo, que, no processo de igualação, funciona para superar a indiferença às diferenças” (ADC n. 19/STF). Por fim, a ministra Cármen Lúcia votou pela constitucionalidade dos artigos em discussão da Lei Maria da Penha.

O voto da ministra Rosa Weber declara que “a Lei Maria da Penha inaugurou uma nova fase no iter das ações afirmativas em favor da mulher brasileira, consistindo em verdadeiro microssistema de proteção à família e à mulher [...]” (ADC n. 19/STF). Também aduz que é vedado ter em mente que o art. 1º da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) é inconstitucional, considerando que as mulheres estão insculpidas “em uma sociedade machista e patriarcal [...]”, com desequilíbrio nas relações de gênero, tornando obrigatória “a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio” (ADC n. 19/STF).

No bojo desse debate, o voto estabelece que “a Constituição expressamente confere à mulher, em alguns dispositivos, tratamento diferenciado” (ADC n. 19/STF). Ainda, faz uma constatação histórica das vulnerabilidades da mulher, fator que imputou ao legislador promover direitos protetivos, como o direito à aposentadoria com menor tempo de contribuição e menos idade, em comparação ao homem (art. 201, § 7º, I e II, da CF). Por fim, a Corte declarou por unanimidade a constitucionalidade dos arts. 1º, 33 e 41 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Apesar da Suprema Corte ter deixado escapar ótimas e oportunas ocasiões de exercer a convencionalidade, no sentido de julgar em conformidade com a teoria da discriminação interseccional, pacificamente assentada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em linhas gerais, sem a ocorrência simultânea dos fatores causais da discriminação, pode-se reconhecer que há uma boa disposição em adotar critérios emanados da CIDH, no tocante à discriminação endereçada às mulheres, meninas e jovens. .

7. CONCLUSÃO E SUGESTÕES EM COMO LIDAR COM OS DESAFIOS PROPOSTOS PELA DISCRIMINAÇÃO INTERSECCIONAL

Os conceitos de discriminação interseccional foram inicialmente introduzidos e construídos por acadêmicas afro-americanas feministas no final da década de 1980 e no início da década de 90. A introdução desses termos foi relacionada à observação de que as mulheres afro-americanas sofriam certos tipos particulares de estereótipos e discriminação não enfrentados por homens afro-americanos ou outras mulheres em geral, com base em gênero e etnia. A partir do reconhecimento internacional da prática de condutas proibidas, estabeleceram-se as bases do direito antidiscriminação, no qual a menção de discriminação múltipla e da necessidade de combatê-la passou a ser encartada nos instrumentos internacionais.

No que diz respeito ao campo dos direitos humanos, a adoção da Declaração de Durban e do Programa de Ação na Conferência Mundial da ONU contra o Racismo em 2001 representaram marcos importantes no reconhecimento da discriminação com base na origem e, respectivamente, como ela pode operar com base no sexo / gênero, e de fato, interagir e produzir formas e manifestações anteriormente não reconhecidas de discriminação, que passam a constituir camadas múltiplas e categorias em constante expansão.

Apesar do desenvolvimento positivo, o reconhecimento e a proteção de discriminação interseccional pelos Estados e organizações de direitos humanos na esfera nacional, de um modo geral, permaneceram modestos. Isso provavelmente corresponde ao fato de que a questão em tela ainda é relativamente recente e, portanto, suas implicações práticas não foram analisadas e articuladas de forma a provocar repercussões concatenadas. A discussão sobre o assunto também resta de natureza teórica e abstrata. Cumpre enfatizar a carência de análise prática e de reconhecimento no plano jurídico nacional dos Estados, bem como a evidência da maneira em que esta análise pode ser útil para lidar com vários problemas da vida real e apontar reparações à interseccional discriminação sofrida.

Este estudo sugere, por uma questão de clareza, que um único quadro conceitual deve ser promovido e adotado. Quando analisado mais de perto, pode-se observar que o fenômeno em estudo consiste em dois componentes principais diferentes (situações), para cada um dos quais um termo próprio pode ser dedicado:

Em primeiro lugar, existe a situação em que uma pessoa sofre de discriminação por vários motivos, nesse viés, a base de cada um deles deve ser apreciada por vez. Isso significa um reconhecimento do acúmulo de experiências de discriminação. Sugere-se aqui que este primeiro tipo de discriminação seja denominado discriminação múltipla.

Em segundo lugar, o fenômeno refere-se a uma situação de discriminação baseada em vários fundamentos operando e interagindo uns com os outros ao mesmo tempo, e que produz vários tipos específicos de discriminação. Este é chamado de discriminação interseccional.

Os benefícios mais importantes de uma abordagem interseccional são a sua capacidade de revelar previamente formas não reconhecidas e manifestações de discriminação. A análise interseccional é também capaz de detectar as várias origens e outros fatores que contribuíram para essa discriminação e desvantagem. E uma compreensão mais abrangente das diferentes formas e fatores de fundo por trás da discriminação e desvantagem, obviamente, fornece uma melhor plataforma para o estabelecimento de políticas, no plano jurídico e no plano das ações concretas, destinada a combater a discriminação.

Há também uma armadilha em particular que pode surgir do uso indevido da abordagem interseccional. Esta refere-se à suposição incorreta de que a discriminação interseccional é a única forma de discriminação, ou apenas a forma de discriminação digna de ser tratada. Este tipo de suposição criaria estereótipos prejudiciais, como “todas as mulheres muçulmanas são vítimas de subordinação interseccional”.

O objetivo de uma abordagem interseccional é detectar e analisar a discriminação e a desvantagem em toda a sua diversidade, e não para tornar algumas outras formas de discriminação invisíveis.

Dessa forma, faz-se necessário integrar uma abordagem e análise interseccional em todas as ações em matéria de direitos humanos, incluindo o trabalho da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e dos Relatores Especiais estabelecidos por ela; Igualmente, há necessidade de promover e admitir um quadro conceitual inequívoco sobre estes fenômenos; ainda, deve ser adotada uma abordagem diferenciada à discriminação, a qual deve ser holística e construída a partir do zero. Outras interseções, para além das de origem racial ou étnica e sexo/gênero, devem ser conferidas, reconhecidas e estudadas.

Reverbera-se que a promoção dos direitos econômicos, sociais e de cidadania é especialmente necessária para lidar com os fatores de fundo que contribuem para a discriminação interseccional e múltipla; nessa esteira de pensamento, no Estado brasileiro faz-se essencial inserir ações e destinação orçamentária nas leis orçamentárias anuais, desde os planos plurianuais, leis de diretrizes orçamentárias e leis orçamentárias nas três esferas da federação brasileira. Planejar, incentivar, fomentar, executar e fiscalizar a implementação de ações positivas são tarefas do Estado regulador, que tem o escopo de conciliar ordem econômica com a ordem social.

Finalmente, no âmbito internacional, os órgãos responsáveis pela celebração de tratados e convenções das Nações Unidas, bem como os órgãos do Sistema Interamericano precisam empreender esforços conscientes para integrar plenamente uma abordagem interseccional, em sua agenda de trabalho, e adicionar todos os tipos de discriminação, sejam múltiplos e interseccionais. Para tal, devem solicitar e participar da coleta de dados por diferentes motivos, como origem, gênero, estado de saúde e idade, quando viáveis; dados qualitativos, incluindo estudos de casos, devem ser solicitados, além de dados quantitativos.

Nessa seara, haveria espaço para que fosse considerado o estabelecimento de um Relator Especial da ONU sobre Discriminação Interseccional, especialmente, para incrementar tanto o conhecimento como as recomendações aos Estados-membros. Dado que reconhecimento nacional da discriminação interseccional é, em grande parte inexistente, os órgãos internacionais de direitos humanos deveriam trabalhar para aumentar a conscientização por meio de recomendações sobre as maneiras pelas quais elas podem ser reconhecidas e combatidas pelos Estados, inclusive no aspecto da promoção do empoderamento dos membros dos grupos vulneráveis.

Conclui-se que, talvez por meio de uma justiça restaurativa, alicerçada na alteridade, empatia e boa vontade, aqueles que padecem de discriminação interseccional tornem-se visíveis e incluídos como destinatários de direitos e que nessa direção os Estados prestem o seu compromisso na promoção, diante da sua soberania interna, de espaços pacíficos, plurais e igualitários. Deseja-se que a ordem estatal e a sociedade afastem as injustiças reais em casos concretos e estabeleçam instrumentos legais para proteger direitos e combater a discriminação multifacetada e em camada. Exige-se prevenção, formação de capital social e ação.

No tocante à Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, estas devem avançar no seu labor consultivo, bem como aprofundar o reconhecimento dos múltiplos fatores associados às discriminações e violências de gênero, condição de saúde, falta de capacidade física ou mental, vulnerabilidade em função da idade e do status socioeconômico, assim como, fortalecer o sistema de reparações pelos danos sofridos. Finalmente, almeja-se o reforço ao necessário diálogo entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal, com vistas a um incremento da aplicação da interseccionalidade para atingir-se proteção no plano de proteção dos Direitos Humanos de mulheres, meninas e jovens.

BIBLIOGRAFIA

ÅKERMARK, Athanasia Spiliopoulou. Minority Women: International Protection and the Problem of Multiple Discrimination. In Hannikainen and Nykänen (eds), *New Trends in discrimination law – international perspectives*. Publications of Turku Law School, v. 3, n. 1, p. 85-98, 1999.

BARRY, E. Different Hierarchies-Enforcing Equality Law. In: COSTELLO, C.; BARRY, E. (ed). *Equality in Diversity – The new equality directives*. The Irish Center of European Law, 2003.

BARTH, Fredrik. *Los grupos étnicos y sus fronteras. Colección de ensayos sobre la etnicidad*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica de México, 1976.

BESSELL, Sharon. 2014. *The individual deprivation measure: a new approach to Multidimensional*. Gender Sensitive Poverty Measurement. CROP Poverty Brief, July 2014.

BRINTHAUPT, T. *Identity*. *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 2008. Disponível em: <http://www.encyclopedia.com/doc/1G2-3045301074.html> (May 24, 2012). Acesso em: 08.09.2018.

BRADSHAW, S. *Gendered Poverties and Power Relations: Looking inside communities and households*. Managua: ICD/ Embajada de Holanda/Puntos de Encuentro, 2002.

CAPOTORTI, Francesco. *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979; UN Publication Sales n. E.91.XIV.2, New York, 1979.

CEPAL. A igualdade no centro do desenvolvimento sustentável: mensagem da Secretária-Executiva da CEPAL, 2019. Disponível em <https://www.cepal.org/pt-br>. Acesso em 12 de fevereiro de 2020.

CHANT, Sylvia (Ed.). *International Handbook of Gender and Poverty: concepts, research policy*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

COMISSÃO EUROPEIA. *Tackling multiple discrimination: Practices, policies and laws*, 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&pubId=51&langId=pt>. Acesso em: 08 set. 2018.

CRENSHAW, Kimberlé. Traffic at the crossroads: multiple oppressions. In: MORGAN, Robin (ed.). *Sisterhood is forever: The Woman's Anthology for a New Millennium*. New York: Washington Press, 2003. p.43-57.

DARLING, Marsha. "Human Rights for all: Understanding and applying 'intersectionality' to confront globalization", quoted in *Women's Rights and Economic Change*, n. 9, presented at Association for Women's Rights in Development 9th International Forum Oct. 5, 2002. Disponível em <http://www.awid.org/eng/content/download/19296/211674/file/intersectionality.ppt>. Acesso em: 26 jan. 2020.

DEERE, Carmen; ALVARADO, Gina; TWYMAN, Jennifer. 2012. *Development and Change*, v.43, n.2, p. 505-530, 2012.

DE VOS, Marc. "Beyond Formal Equality. Positive Actions under Directive 2000/43 and Directive 2000/78". Luxembourg: Office for Official Publications of European Communities, 2007, p. 74.

FREDMAN, Sandra; SZYSZAK, Erika. The Interaction of Race and Gender. In HEPPLÉ & SZYSZAK (eds.). *Discrimination: The Limits of Law*, 214-226. London: Mensell Publishing, 1993.

GROWN, Caren. 2014. *Missing Women: Gender and the Extreme Poverty Debate*. A paper prepared for USAID under Award #AID0AA- 0-13-00103 Mod 1.

HBV - *Honour Based Awareness Network*. Disponível em: <http://hbv-awareness.com/regions/>. Acesso em: 11.out.2019.

HULL, Gloria T; SMITH, Barbara; SCOTT, Patricia Bell, eds. *All the Women Are White, All the Blacks Are Men, But Some of Us are Brave: Black Women's Studies*. New York: Feminist Press, 1982, New Edition, 432.

IMADRI. *The International Movement Against All Forms of Discrimination and Racism*, disponível em: <http://imadr.org>, Acesso em 27.05.2015.

KYMLICK, Will. *Multiculturalism citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

LANJOUW, Peter. *Counting Women in Poverty: Potential Pitfalls in Conventional Poverty Analysis*. PREM, 2012.

LUNDBERG, Shelly; ROBERT A.; POLLAK, J.; TERENCE, J. Wales. 1997. "Do Husbands and Wives Pool Their Resources? Evidence from the United Kingdom Child Benefits." *Journal of Human Resources* 32(3): 436-80. 1997.

MOLLER, Susan Okin; COHEN, Joshua, HOWARD, Matthew; NUSSBAUM, Martha C. Nussbaum, (eds.). *Is Multiculturalism Bad for Women?* Princeton University Press, 1999.

ONU. *Turning promises into action: Gender equality in the 2030 agenda*. Disponível em: <http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2018/sdg-report-fact-sheet-latin-america-and-the-caribbean-en.pdf?la=en&vs=3555>. Acesso em: 08.01.2020.

OEA. Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, aprovadas em 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

ROBINSON, Mary. Editorial. *Women's Rights are Human Rights*. A Special Issue of Human Rights - A Review of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Spring 2000.

O DESCUMPRIMENTO DA ORDEM DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA GESTANTES E MÃES COMO VIOLAÇÃO ÀS NORMAS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Tani Maria Wurster

RESUMO: O presente estudo pretende analisar como o descumprimento da decisão do *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP, que concedeu ordem de prisão domiciliar a gestantes e mães de filhos de até 12 anos, viola os princípios e normas do Pacto de São José da Costa Rica, sob uma perspectiva de gênero. O trabalho apresenta as conclusões de pesquisa empírica que investigou o impacto da decisão do Supremo Tribunal Federal no desencarceramento de mulheres na Penitenciária Feminina do Paraná, bem como avaliou se a circunstância relacionada à gravidez ou maternidade foi mobilizada nas peças processuais, inclusive na decisões judiciais. A pesquisa propõe-se a diagnosticar obstáculos administrativos e judiciais que dificultam o cumprimento da ordem, bem como demonstrar como violam os direitos e garantias tutelados pelo sistema interamericano de direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Encarceramento feminino. Prisão domiciliar. Gravidez. Maternidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Gênero, Maternidade e Tráfico de Drogas; 3. Normas precursoras de uma política de desencarceramento; 4. Do objeto da pesquisa; 5. Mães: um ponto cego no sistema; 5.1 Mulheres com filhos fora da prisão; 5.2 Síntese dos dados: ausência de política de tratamento de dados sobre gestação e maternidade; 5.3 A ausência de tratamento de dados sobre gestação e maternidade como violação dos direitos e garantias tutelados pelo sistema interamericano de direitos humanos; 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, foi ratificada pelo Brasil no caminho da consolidação das garantias aos direitos humanos inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Entre os seus preceitos encontra-se o compromisso dos Estados Partes de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e de garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, sem discriminação em razão de diversos marcadores que elenca, entre eles, o sexo. Fixa como parâmetro para a implementação dos direitos e garantias nela reconhecidos, portanto, que não haja distinção entre homens e mulheres. Veda, ainda, a tortura e a aplicação de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, assim como a aplicação da pena para além da pessoa do delinquente.

Na esteira dos compromissos assumidos pelos Estados Parte naquele tratado, o Brasil ratificou ainda a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a

Violência contra a Mulher, bem como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

A Convenção de Belém do Pará afirma que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e que, além de permear toda a sociedade, afeta negativamente a suas próprias bases e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, por sua vez, estabelece que constitui discriminação a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por resultado, entre outros, prejudicar ou anular o exercício pela mulher, com base na igualdade ao homem, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil.

Tais comandos, para além de reconhecer a igualdade formal entre homens e mulheres, exigem que os Estados Partes estejam atentos aos contextos históricos, sociais e culturais que impõem uma visão estereotipada das mulheres, baseados na premissa da sua inferioridade, bem como conscientes de sua condição de vulnerabilidade, quando, entre outras circunstâncias, a mulher seja gestante em situação de privação de liberdade.

O quadro normativo que deriva de tais tratados internacionais, no entanto, contrasta com a realidade brasileira relacionada à violência contra a mulher.

No caso do presente estudo, pretende-se abordar o encarceramento feminino no que diz respeito aos obstáculos para a concessão da prisão domiciliar a gestantes e mães de crianças de até 12 anos.

Tal circunstância lança luzes sobre uma realidade socialmente obscurecida, relacionada ao contexto do crescente encarceramento de mulheres no país.

Segundo dados do Infopen Mulheres (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018, p.10), o número de mulheres custodiadas em 2016 correspondia a aproximadamente 6% do total de presos no Brasil. No período entre 2000 e 2016, no entanto, o aumento da população carcerária feminina correspondeu proporcionalmente a mais do que o dobro do aumento do encarceramento masculino, 656% e 293% respectivamente.

No contexto internacional, em números absolutos, o Brasil é o quarto país no mundo que mais encarcera mulheres. Na comparação entre o aprisionamento feminino e o número de habitantes no país, o Brasil encontra-se na terceira posição, atrás apenas dos Estados Unidos e da Tailândia (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018, p.13).

A expansão do encarceramento feminino no Brasil, no entanto, não encontra paralelo entre os países que mais aprisionam mulheres no mundo. Na comparação entre os anos de 2000 e 2016, enquanto as taxas nos Estados Unidos, China e Tailândia

aumentaram apenas 18%, 105% e 14%, respectivamente, e na Rússia houve uma diminuição de 2%, a taxa de aprisionamento no Brasil aumentou 455% (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018, p.13-14).

A mulher presa é em sua maioria jovem (50% têm entre 18 e 29 anos), negra (62%), apresenta baixa escolaridade (50% não possuem o ensino fundamental completo) e tem filhos (74%) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018, p. 37-43).

A expansão do encarceramento feminino, no entanto, não é a única circunstância que qualifica o quadro da realidade carcerária. O desrespeito à dignidade humana também define o aprisionamento de mulheres.

O confinamento masculino é a matriz do histórico das prisões, e essa moldura se torna presente no cotidiano das mulheres encarceradas, a despeito das singularidades que caracterizam o aprisionamento feminino.

Do total dos estabelecimentos prisionais no país, 74% são masculinos e 16% são caracterizados como mistos. Apenas 7% dos estabelecimentos prisionais são voltados exclusivamente ao público feminino, o que não significa dizer que tenham sido projetados para abrigar mulheres. Em geral, são espaços criados para encarcerar homens que foram (mal) adaptados para confinar mulheres.

Ou seja, mais do que o dobro dos estabelecimentos que abrigam presas são estabelecimentos mistos, cuja administração, arquitetura prisional e serviços foram formulados a partir do paradigma de funcionamento do estabelecimento masculino, compatível com a lógica patriarcal, portanto.

Segundo dados do Infopen Mulheres 2018, 74% das presas são mães (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018, p.51). Os estabelecimentos prisionais, no entanto, carecem de espaços que viabilizem o aleitamento materno, o atendimento dos filhos menores, a custódia das gestantes e a presença de equipes de atenção à saúde da mulher.

Dados do Departamento Penitenciário revelam que apenas 16% das unidades prisionais que abrigam mulheres (mistas ou exclusivamente femininas) dispõem de cela ou dormitório adequado para custodiar gestantes e apenas 14% possuem berçário ou centro de referência materno-infantil, que compreendem espaços destinados a bebês de até 2 anos de idade (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018, p. 32-33). As unidades que contam com espaço destinado para receber crianças acima de 2 anos somam apenas 3% (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018, p.33).

Uma pesquisa (LEAL, 2016, p. 2061-2070), que se debruçou sobre a realidade de mulheres em privação de liberdade, revelou ainda que, embora 93% das mães tenham tido acesso à atenção pré-natal, o atendimento foi inadequado para 36% delas. Um parcela de 8% dessas mulheres relataram a demora no atendimento de mais de 5 horas a contar do início do trabalho de parto. Durante o período de hospitalização,

15% declararam ter sofrido algum tipo de violência física, verbal ou psicológica e 36% delas foram transportadas em viaturas policiais e não em ambulâncias.

Os dados levantados pela pesquisa revelaram também que o uso de algemas em algum momento da internação para o parto foi relatado por mais de um terço das mulheres, sendo que, em 8% dos casos, a gestante permaneceu algemada mesmo durante o parto, “não lhes tendo sido permitidos os benefícios da deambulação e da livre movimentação que são recomendados para o melhor desempenho nessa ocasião” (LEAL, 2016, p. 2068).

A ausência de módulos de saúde nas unidades prisionais sujeita as presas à discriminação da direção do estabelecimento para que obtenham autorização de saída e acesso à saúde básica. Neste caso, ficam sujeitas às dificuldades logísticas de movimentação pelos agentes do Estado para terem acesso aos equipamentos públicos de saúde da localidade próxima ao estabelecimento penal.

As circunstâncias relacionadas à expansão do encarceramento feminino, bem como o desrespeito à dignidade da pessoa humana dela derivadas, no entanto, não têm sido suficientemente apreendidas pelo Poder Judiciário, que insiste em deixar de cumprir a ordem do *Habeas Corpus* 143.641/SP, a qual concedeu a prisão domiciliar às gestantes e mães de filhos de até doze anos, *ex vi* do art. 318/CPP. As práticas que determinam essa realidade violam os direitos e garantias tutelados pelo sistema interamericano de direitos humanos.

2. GÊNERO, MATERNIDADE E TRÁFICO DE DROGAS

Historicamente, às mulheres foi atribuído o trabalho doméstico, do lar, do cuidado dos filhos. A ordem masculina, a partir da qual se interpretam os dados, os fatos e o mundo, impõe que o trabalho invisível e não remunerado seja encargo tipicamente feminino.

Embora tenha se alterado o perfil do acesso das mulheres à educação e ao trabalho nos últimas décadas no século XX, elas continuam a ser as principais responsáveis pelo trabalho reprodutivo, não remunerado, relacionado ao cuidado da casa, dos filhos, idosos e doentes.

A destinação culturalmente reservada às mulheres como principal responsável pelo espaço doméstico, subproduto da divisão sexual do trabalho, estrutura dinâmicas que determinam a circunstância de serem elas as principais responsáveis pelo cuidado com os filhos, bem como a sobrerepresentação feminina nos delitos relacionados ao tráfico.

O Infopen Mulheres 2018 revelou que 74% das mulheres presas são mães, enquanto 53% dos homens que se encontram no sistema prisional declararam não ter filhos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018, p.51).

A pesquisa *Saúde materno-infantil nas prisões* informa que a maioria das mulheres que compunham a população objeto de estudo eram as principais responsáveis pelos cuidados dos filhos, mais de um terço delas tiveram quatro ou mais gestações, 20% tinham cinco filhos ou mais e 8% já haviam tido outro filho durante encarceramento anterior (LEAL, 2016, p. 2064). Do total, 61% delas não pretendiam engravidar.

Estudo realizado no Paraná pelo projeto de extensão universitária *Mulheres pelas Mulheres* (SÁ, 2018) divulgou que metade das crianças recolhidas juntamente com suas mães na Penitenciária Feminina do Paraná não tinha o registro paterno em suas certidões de nascimento (SIMÕES, 2018, p. 92). Ainda, em entrevista com 20 mulheres grávidas custodiadas no Complexo Médico Penal do Paraná em 2015, 80% tinham até três filhos (SIMÕES, 2018, p. 81).

As pesquisas revelam, portanto, que, embora as mulheres tenham intensificado o seu acesso à educação e ao trabalho nas últimas décadas, elas continuam a ser as principais responsáveis pelo cuidado dos filhos (FONTOURA, 2016, p. 121), o que gera impactos em termos de disponibilidade da renda, conforme os arranjos familiares.

Pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisas Econômicas — IPEA indicou que, após a adolescência e a juventude, a participação masculina dedicada ao trabalho doméstico em 2006 e 2012 se manteve estável em 5 horas semanais, em média, enquanto a dedicação feminina cresce continuamente conforme a idade, até atingir médias superiores a 25 horas semanais, “só declinando por volta dos 65 anos de idade, quando os patamares ainda são três vezes superiores ao masculino” (FONTOURA, 2016, p. 110).

A maior dedicação masculina ao trabalho remunerado não compensa a diferença de dedicação feminina ao trabalho doméstico, uma vez que as mulheres suportam uma carga semanal total de trabalho superior à quase 10 horas, montante que representa a chamada “dupla jornada feminina” (FONTOURA, 2016, p. 116).

As mulheres dedicam proporcionalmente mais tempo às crianças e ao trabalho doméstico, o que lhes priva de destinar seu tempo ao trabalho produtivo, aquele a que se atribui valor e é remunerado.

Disso resulta a naturalização da estratégia de remunerar em menor proporção as atividades essencialmente vinculadas ao (construído social e historicamente) feminino, como o trabalho doméstico, por exemplo. Tem o efeito, ainda, de exigir das trabalhadoras a aceitação de empregos com jornadas reduzidas ou mais flexíveis, de menor remuneração, dada a necessidade de estar disponível para o cuidado materno.

Desse modo, ao dedicarem a maior parte do seu tempo a um trabalho sem valor, acabam por se tornar um a categoria economicamente mais vulnerável, de modo especial se forem as únicas responsáveis pelo sustento dos filhos.

A consequência é a reprodução de um círculo vicioso de pobreza, pois se reduzem as chances de dedicação ao trabalho remunerado e à procura por melhores condições de trabalho (ABRAMO, 2016, p. 120), as quais estão atreladas à disponibilidade para horários mais fixos e jornadas mais longas.

A divisão sexual do trabalho configura, portanto, o feminino e tem impactos muito profundos nas vivências de homens e mulheres, no espaço privado e no espaço público, assim como na experiência do cárcere.

A divisão cultural entre espaço público e privado, e a reserva às mulheres do espaço da domesticidade determinam, ainda, a sobrerrepresentação feminina nos crimes relacionados ao tráfico de drogas. As mulheres detidas em razão desse tipo de delito correspondem a 62% das prisões femininas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018, p.53), enquanto esse percentual entre os homens é de apenas 26% ((MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p.43).

O encarceramento de mulheres em razão de delitos relacionados ao tráfico está intimamente ligado ao tipo de atividade que elas desempenham na economia do crime, a mesma categoria de funções que elas realizam no mercado de trabalho: atividades relacionadas à base da pirâmide, de menor relevância na “cadeia produtiva” do tráfico, circunstância que corresponde à desvantagem econômica presente em outras esferas.

Pesquisas indicam que em sua maioria são primárias, possuem bons antecedentes, não haviam portado armas antes da prisão, foram presas portando pouca quantidade de drogas, e encontram-se no mais baixo nível da cadeia do crime organizado (ARGUELLO, 2015).

O que esses dados revelam, portanto, é que o envolvimento das mulheres com o tráfico está estreitamente ligado às amarras da construção social do gênero, uma vez que a atuação das mulheres no interior das organizações criminosas reproduz os padrões naturalizados da divisão sexual do trabalho, a despeito de tomarem parte na economia ilícita (MOREIRA, 2018, p. 71).

Exatamente em razão da posição subalterna que ocupam na economia do tráfico, elas estão proporcionalmente mais expostas ao encarceramento em massa em razão desse tipo de delito, majoritariamente determinado pela prisão em abordagens de rotina, e não decorrente de serviços de inteligência que venham a identificar os grandes traficantes.

Contribui para esse fenômeno, ainda, a ausência de critério legal a respeito da quantidade de droga a ser considerada como sendo para uso pessoal, o que impacta no encarceramento de pessoas que, em razão da pequena quantidade de drogas, poderiam ser consideradas usuárias. Para determinar se a droga destina-se a consumo pessoal, a lei exige atenção para a natureza, a quantidade de substância apreendida, o local da ação,

as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente (Art. 28, § 2º da Lei 11.343/06).

A indeterminação da quantidade da droga, bem como dos conceitos indeterminados de “local da ação, circunstâncias sociais e pessoais, e conduta do agente”, atuam para transformar mulheres primárias, que portavam pequenas quantidades de drogas (muitas delas usuárias de crack) e que praticaram crimes sem violência ou grave ameaça, em criminosas perigosas, sustentado pela lógica da gravidade abstrata do crime de tráfico.

No espaço da indeterminação dos termos legais, não se pode minimizar a atuação sutil e, por vezes, inconsciente, da lógica da dominação patriarcal, que eleva ao patamar da santidade o papel da mãe, calcado sobre uma premissa construída histórica e culturalmente da maternidade como destino biológico de toda mulher “normal”, ou sustentado no “mito do amor materno” (BADINTER, p. 1085). A mesma estrutura que mantém tais expectativas atribui à mulher criminosa o lugar da traidora, ao imputar à conduta do tráfico um traço desaprovador do seu caráter.

É na indeterminação dos conceitos jurídicos que se constrói o lugar da mulher traficante. Não é raro encontrar em sentenças condenatórias de tráfico de drogas uma miríade de discursos a respeito dessa maternidade invertida, que sustentam julgamentos morais.

Nesse contexto, a aplicação de penalidades extensas, de regime de cumprimento da pena mais gravoso, assim como a utilização em grande escala das prisões preventivas nos casos de crimes relacionados às drogas são responsáveis pelo aumento expressivo do número de mulheres em privação de liberdade e têm imposto às presas no Brasil uma punição desproporcional, com repercussões de gênero.

3. NORMAS PRECURSORAS DE UMA POLÍTICA DE DESENCARCERAMENTO

Foi a partir do reconhecimento das dinâmicas de gênero, relacionadas à responsabilidade pelo cuidado com os filhos, bem como aquelas que pavimentam o caminho de mulheres vulneráveis ao cárcere, que em 2010 a Assembleia Geral da ONU aprovou as denominadas Regras de Bangkok, as quais reconhecem a presença de necessidades distintas das mulheres presas e impõem adequado tratamento a tais condições.

Para o que interessa de modo particular a este estudo, as Regras de Bangkok determinam que penas não privativas de liberdade para mulheres gestantes e mulheres com filhos serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento, ou a mulher apresentar ameaça contínua.

Especificam, ainda, a necessidade do registro da quantidade e dados pessoais dos filhos das mulheres que ingressam nas prisões, devendo incluir seus respectivos nomes, ida-

des e, quando não acompanharem a mãe, sua localização e situação de custódia ou guarda.

Foi na esteira dessas obrigações internacionais, e em cumprimento à própria Constituição Federal que garante no art. 5º a igualdade entre homens e mulheres (I), a proibição de tortura e tratamento desumano e degradante (III), e a integridade física e moral (XLIX), que o Estatuto da Primeira Infância, Lei 13.257/16, de 08 de março de 2016, alterou o art. 318 do Código de Processo Penal, para incluir, no rol das hipóteses que permitem a conversão da prisão preventiva pela prisão domiciliar, as circunstâncias relacionadas à gestação e à existência de filho de até 12 anos de idade incompletos.

O legislador assumiu a presença das especificidades que marcam o encarceramento feminino, da fragilidade física e emocional da gestante, da indispensabilidade dos cuidados com o feto e o recém-nascido, e das crianças e adolescentes em geral, e, em compasso com o princípio de que a prisão preventiva é medida excepcional, reconheceu que a prisão domiciliar é a melhor opção para essas mulheres e seus filhos.

As normas acima delineadas são precursoras, portanto, de uma política de desencarceramento.

Esta política, no entanto, parece não ter sido verdadeiramente implementada.

Em fevereiro de 2018, o questionamento a respeito da aplicação da substituição de pena prevista no art. 318 do Código de Processo Penal ganhou relevância em razão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 143.641, a qual concedeu ordem de natureza coletiva para substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar em favor de todas as presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, desde que não estivessem sendo processadas por crimes cometidos com violência ou grave ameaça, ou contra seus descendentes.

O voto condutor do acórdão, da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, lançou luzes sobre uma suspeita a respeito de uma circunstância previamente oculta: a não aplicação pelo sistema de justiça da faculdade prevista na lei. Foi então que, passados alguns meses da concessão da ordem, surgiu a inquietação a respeito dos motivos que determinaram a não substituição da prisão preventiva pela domiciliar e, particularmente, incerteza ou desconfiança quanto ao cumprimento da própria ordem do *habeas corpus*. Essa inquietação a foi o mote que deu ensejo à pesquisa empírica, desenvolvida junto à Penitenciária Feminina do Paraná.

4. DO OBJETO DA PESQUISA

A pesquisa que ora se apresenta foi realizada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, e uma versão mais ampla de suas conclusões foram descritas na dissertação apresentada ao programa, em março de 2019, para cumprimento de requisito parcial para a obtenção do título de mestre.

O universo da pesquisa abrange as mulheres presas, grávidas ou mães de filhos de até 12 anos, na Penitenciária Feminina do Paraná — PFP, localizada em Piraquara/PR. A escolha dessa unidade se deu em razão de ser a única no Estado do Paraná que possui uma área destinada a grávidas, lactantes ou acompanhadas dos seus filhos. A Penitenciária tem capacidade para 370 mulheres, e possui centro de referência materno-infantil e creche.

O objeto da pesquisa consistiu no levantamento quantitativo do número de mulheres grávidas e mães de filhos menores de 12 anos custodiadas naquela unidade, em fevereiro de 2016, mês anterior à publicação do Estatuto da Primeira Infância, Lei 13.257/16, que alterou o art. 318 do Código de Processo Penal para facultar a substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar, e em setembro de 2016, seis meses após a publicação da lei.

Também foi objeto de pesquisa o levantamento do número de mulheres presas no mês da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 143.641, e a quantidade de mulheres custodiadas seis meses após a concessão da ordem. O objetivo consistiu em medir o impacto da edição da Lei 13.257/16 e da decisão do Supremo Tribunal Federal no desencarceramento de mulheres grávidas e mães.

Foram objeto de pesquisa, ademais, peças processuais dos autos judiciais das grávidas ou mães acompanhadas dos seus filhos na prisão, custodiadas em fevereiro de 2018, momento anterior à decisão no *habeas corpus*, e presas, nestas mesmas condições, em agosto de 2018, seis meses após a referida decisão. O objetivo foi avaliar se a circunstância relacionada à gravidez ou maternidade foi mobilizada nas peças processuais, inclusive na decisões judiciais.

5. MÃES: UM PONTO CEGO NO SISTEMA

No que diz respeito ao cumprimento da Lei 13.257/16, os achados da pesquisa não foram conclusivos para avaliar se houve ou não o cumprimento da lei nos seis primeiros meses de sua edição.

Conforme resposta ao questionário enviado à Vice-Diretoria da Penitenciária Feminina do Paraná, não havia naquela data registros oficiais na unidade sobre a quantidade de gestantes ou mulheres acompanhadas de filhos, nem sobre mulheres cujos filhos se encontram fora da unidade prisional, ou sequer os números dos respectivos autos, nas duas datas pesquisadas, março e setembro de 2016. A razão informada pela unidade é de que a Penitenciária Feminina do Paraná possui apenas um registro de informações penitenciárias, o qual opera em sistema DOS, o qual não dispõe de campo específico para registro relativo à gestação ou presença de filhos. Salientou que periodicamente a unidade envia relatórios para órgãos como o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério Público, mas que não havia registro de tais relatórios naquela unidade.

Desse modo, há memória apenas dos dados que tenham sido coletados na data da realização do relatório. Qualquer outra informação não contemporânea ao relatório não é possível de ser acessada.

No que diz respeito ao cumprimento da ordem no *habeas corpus* 143.641/SP, os achados da pesquisa são mais consistentes do que aqueles relacionados ao cumprimento do Estatuto da Primeira Infância nos seus primeiros seis meses de vigência.

Quanto às mulheres grávidas ou acompanhadas de filhos na prisão, os números são os seguintes: a) fevereiro de 2018: 16 mulheres; e b) agosto de 2018: 17 mulheres.

A comparação quantitativa do número de presas antes da ordem do *habeas corpus*, e depois dela, 16 e 17 mulheres, respectivamente, aponta para o que pode ser considerada a manutenção do número total de presas (aumento de 6,25%).

Há que se verificar, porém, caso a caso, as mulheres que estavam presas em fevereiro de 2018 e que eventualmente tivessem sido beneficiadas com a substituição da prisão em cumprimento à ordem do *habeas corpus*, uma vez que o cumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a despeito de não ter operado uma alteração consistente do número total de presas (grávidas ou mães acompanhadas de crianças), pode ter evitado que esse número tivesse aumentado.

Das 16 presas (gestantes ou acompanhadas de filhos na prisão) que estavam em privação de liberdade em fevereiro de 2018, obteve-se acesso ao processo de 12 mulheres.

O que se descortina dos números, é que de um universo de 12 mulheres, apenas um terço delas foram colocadas em liberdade. Deste já pequeno número, apenas duas delas, ou seja, 1/6 do número total ou 16,6%, conseguiram alcançar a substituição da prisão provisória pela prisão domiciliar em razão da condição da gravidez ou da maternidade. As demais tiveram a soltura determinada devido à absolvição e perda dos motivos de deram ensejo à custódia cautelar.

O percentual de 16,6% de mulheres alcançadas pelo *Habeas Corpus* Coletivo é nitidamente baixo, e evidentemente comprova o descumprimento pelo Poder Judiciário daquela ordem.

A decisão do Supremo Tribunal Federal determinou a concessão de prisão domiciliar a presas, grávidas e mães de filhos de até doze anos, desde que não tivessem cometido o crime com violência ou grave ameaça. Entre as mulheres, 62% delas estão presas por crimes relacionados ao tráfico de drogas, delito este que, para cuja tipificação, não há previsão do uso da violência ou grave ameaça, ou violência contra os descendentes. Vale dizer, as mulheres, presas provisórias por delitos de tráfico, quantitativo que corresponde a 62%, estariam, em uma análise superficial e genérica, elegíveis para auferir o benefício, percentual bem acima dos 16,6% verificados no caso.

A pesquisa debruçou-se também sobre os autos dos processos judiciais. O propósito foi investigar se houve mobilização judicial das circunstâncias da gravidez e da maternidade nas peças processuais, bem como e investigar se a presença do silenciamento das singularidades que caracterizam o feminino geram impactos discriminatórios nas práticas do sistema de justiça.

As decisões judiciais foram analisadas quantitativamente, a partir dos seguintes critérios: a) comparação entre o total de decisões proferidas e o total de decisões de deferimento; c) comparação entre o total de pedidos¹⁷⁴⁸ de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar e o total de decisões de deferimento; e d) comparação entre o total de peças processuais e o total de peças processuais que mobilizaram o fato de a mulher estar grávida ou se mãe.

Na comparação entre o total de decisões proferidas e o total de decisões de deferimento, os processos objeto de análise contaram como um total de 121 decisões judiciais proferidas, que analisaram pedidos de concessão de liberdade provisória ou prisão domiciliar. Destas, apenas 21 foram favoráveis à substituição da prisão preventiva, representando menos de 18% do total de julgamentos, revelando a baixa representatividade das decisões judiciais que concedem os benefícios.

A comparação entre o total de decisões proferidas e o total de decisões de deferimento, revelaram um índice de concessão de prisão domiciliar abaixo do índice de 18%, o que corrobora as amostragens descritas anteriormente.

No que toca à análise das peças processuais quanto à mobilização da presença da gravidez e da maternidade, avaliou-se a relação entre o total de peças processuais e o número daquelas que mobilizaram a presença da gravidez ou da maternidade.

Nesta etapa foram contabilizados interrogatórios, audiências de custódia, pedidos da defesa, manifestações do Ministério Público e decisões judiciais constantes dos autos analisados, que somaram 265 peças processuais. Destas, apenas 171 mobilizaram a circunstância da gravidez e da maternidade.

Considerando que todos os processos pesquisados diziam respeito a gestantes ou mães acompanhadas de filhos na prisão, pode-se dizer que houve uma baixa mobilização da circunstância que autoriza o deferimento do pedido, da ordem de 64,53%. Mesmo entre os pedidos deduzidos pela defesa, a parte interessada no deferimento do requerimento, a utilização do argumento não chegou a 80% das peças processuais. Do total de 54 pedidos, apenas 43 utilizaram o argumento da gravidez ou da maternidade.

Percebe-se, ademais, a importância que a audiência de custódia desempenha nes-

1748 Aqui incluídos os ofícios expedidos pela Penitenciária Feminina do Paraná informando a situação de gravidez e/ou maternidade.

te caso, dado que em 70% delas houve a mobilização da condição autorizadora da substituição (20 audiências de custódia para 14 mobilizações).

Entre as decisões judiciais proferidas, 58% delas analisaram as circunstâncias que autorizam a substituição.

É possível concluir, portanto, apesar do restrito universo da presente pesquisa, o alcance limitado do benefício do art. 318 do Código de Processo Penal, mesmo após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 143.641/SP, derivado também da baixa mobilização da circunstância da gravidez e da maternidade nas peças processuais que compõem os processos pesquisados.

5.1 MULHERES COM FILHOS FORA DA PRISÃO

Os achados transcritos acima se relacionam às presas grávidas ou acompanhadas de filhos na prisão.

No que diz respeito, porém, ao número de presas mães, com filhos vivendo extra-muros a invisibilidade da maternidade é ainda maior.

Nas datas de fevereiro e setembro de 2016, e fevereiro e agosto de 2018, a Vice-Diretora da unidade respondeu que não há registros oficiais na PFP acerca desse dado.

Relevante assinalar que a unidade forneceu um Relatório de Informações Penitenciárias ao Departamento Penitenciário Nacional sobre dados entre julho e dezembro de 2017, período que não foi propriamente objeto da pesquisa, mas que confirma a ausência de sistema de coleta e tratamento do dado a respeito de maternidade fora da prisão.

No relatório consta o número total de gestantes, lactantes e o número de crianças que acompanhavam suas mães na prisão.

O Relatório informa, no entanto, que a Penitenciária Feminina do Paraná não dispõe dos dados sobre o número de filhos das mulheres presas os quais se encontram fora da unidade prisional.

É válido afirmar, portanto, que os relatórios encaminhados periodicamente pela Penitenciária Feminina do Paraná ao DEPEN não apresentam informações sobre filhos que não acompanham suas mães no cárcere.

Questionada sobre quais os procedimentos adotados pela unidade para dar cumprimento à ordem judicial oriunda do HC Coletivo de conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, especificamente quanto às mães, cujos filhos se encontram fora da prisão, a Vice-Diretora da unidade prisional informou que a unidade prisional realizou, para este específico fim, uma visita às celas comunicando as mulheres sobre a necessidade de contatar as famílias e obter uma cópia da certidão de nascimento, para

juntar aos autos e informar ao juízo sobre a presença da circunstância legal que permite a substituição da prisão.

A Vice-Diretora informou ainda que a unidade encontrava-se sem assistente social há mais de um ano, o que prejudica a coleta de dados, particularmente, dos filhos que se encontram fora da prisão. O sistema desconhece, portanto, quem são as mães desses filhos, embora elas pudessem ter, a depender de uma decisão judicial, acesso à prisão domiciliar.

A resposta ao questionário levanta ainda outros entraves ao exercício do direito das mulheres previsto no art. 318/CPP. Em primeiro lugar, a falta de documentos de comprovação da filiação, já que nem todas as mães presas conseguem acesso fácil às certidões de nascimento. Muitas dessas mulheres possuem residência em outras cidades do Estado, onde se encontram suas famílias, e em muitos casos elas não recebem visitas de parentes. Necessário lembrar que o número de estabelecimentos prisionais que abrigam mulheres é bem menor do que as unidades masculinas, o que impõe a custódia em local distante da residência, sobretudo se a mulher estiver grávida ou acompanhado do filho. Neste último caso, no Paraná, apenas a PFP recebe essas mulheres.

Outro entrave é a ausência de defesa constituída, e por fim, o entendimento contrário do juiz responsável pelo processo.

5.2 SÍNTESE DOS DADOS: AUSÊNCIA DE POLÍTICA DE TRATAMENTO DE DADOS SOBRE GESTAÇÃO E MATERNIDADE

O que se pode extrair dos números e das informações prestadas acima, é que não há uma política institucional oficial de tratamento dos dados sobre o número de mulheres presas, mediante um sistema informatizado que seja capaz de apresentá-los em determinado corte temporal, ou que dê adequado tratamento às informações a respeito de gravidez e presença de filhos de até 12 anos. O sistema utilizado pela unidade prisional é, portanto, cego não apenas quanto ao número total de mulheres, mas também quanto à presença de mulheres grávidas ou mães e seus filhos.

A contagem a respeito das mulheres vivendo com os filhos fora da prisão somente foi realizada em novembro de 2018, quase 10 meses após a concessão da ordem no *Habeas Corpus* 143.641, a qual, no entanto, foi elaborada de forma artesanal, mediante visitação nas celas e a atribuição da responsabilidade às próprias presas para obtenção da documentação sobre a filiação.

A providência, além de artesanal, não é segura, e a sua realização dependerá sempre dos bons propósitos do gestor que ocasionalmente se encontre nessa posição.

O exercício de direitos das mulheres, no entanto, não pode estar à mercê das boas intenções dos servidores públicos. Merece ser tratado com seriedade institucional, haja

vista que tais mulheres estão sob inteira custódia do Estado, subtraídas de poderes de decisão sobre os seus destinos.

Assim, em que pesem os esforços legislativos no sentido de promover o desencarceramento de mães ou gestantes, aos quais o presente trabalho se referiu anteriormente, há uma falha institucional relacionada ao registro das condições para a aplicação do benefício, especialmente quanto à presença de filhos de até 12 anos que não acompanham suas mães no cárcere.

A circunstância da gravidez, passados os primeiros meses da gestação, impõe-se fisicamente. A gravidez aparece e, em geral, pode ser notada, embora possa se escolher ignorá-la. Caso a mãe esteja recolhida na unidade prisional acompanhada do seu filho, do mesmo modo, é de supor que o sistema penitenciário tenha conhecimento da existência desta criança, afinal, ela se apresenta em um corpo. Não é possível negar a presença de um corpo de criança.

O sistema prisional talvez preferisse desprezar a gravidez, como em muitas vezes o faz quando a mulher está em trabalho de parto, e a necessidade de cuidados médicos é obliterada. Talvez preferisse ignorar a criança no seu espaço, afinal, infância não combina com confinamento. Mas a existência corpórea da gestação e da criança, em si mesma, é uma realidade (incômoda) para o sistema, mesmo que suas necessidades sejam ignoradas.

Mas as crianças de até 12 anos, filhas de mães presas, que vivem fora dos muros, embora elas existam, são ignoradas pelo sistema penitenciário. A invisibilidade dessa maternidade (não) vivenciada à distância, e a cegueira do sistema, característica da materialização do modelo hegemônico masculino, revela seu lado mais perverso, qual seja, inviabilizar o exercício de direitos das mulheres, embora esteja ele previsto em lei desde 2016.

5.3 A AUSÊNCIA DE TRATAMENTO DE DADOS SOBRE GESTAÇÃO E MATERNIDADE COMO VIOLAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS TUTELADOS PELO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A ausência de tratamento adequado de dados sobre gestação e maternidade no sistema penitenciário gera impactos no cumprimento da lei e da ordem do *habeas corpus* coletivo, os quais revelam uma discriminação sistemática e institucional com repercussões de gênero.

As Regras de Bangkok – regras mínimas para o tratamento da mulher presa e medidas não privativas de liberdade para as mulheres em conflito com a lei, especificam a necessidade de registro do número e dados pessoais dos filhos das mulheres que ingressam nas prisões, determinando a inclusão de seus nomes, suas idades e, quando não acompanharem a mãe, sua localização e situação de custódia ou guarda.

Desde 2010, quando da edição da Regras de Bangkok, já havia uma definição clara sobre a necessidade de o sistema penitenciário tratar adequadamente os dados relevantes para a garantia de direitos das mulheres presas.

Causa perplexidade, portanto, o tratamento dos dados sobre mulheres presas adotado pela Resolução nº 251 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu e regulamentou o Banco Nacional de Monitoramento de Presos - BNMP, o qual tem por objetivo identificar, em tempo real e de forma individualizada, as pessoas privadas de liberdade, procuradas e foragidas, com a listagem nominal e identificação única.

O item I, do Anexo da Resolução, elenca as informações que constam no cadastro da pessoa privada de liberdade, quais sejam: fotografia, nome, alcunha, nome da mãe, nome do pai, data de nascimento, sexo, estado civil, cor/raça, escolaridade, profissão, nacionalidade, naturalidade, orientação sexual, número de telefones, endereço e correio eletrônico, eventual presença de condição gravídica ou de lactação, eventual condição de pessoa com necessidades especiais, de dependência química, endereço, documento de identificação e características físicas relevantes.

Não há, porém, nenhuma menção a filhos, quantidade, suas idades, localização e situação de custódia ou guarda.

A catalogação das informações sobre as pessoas submetidas ao cárcere não deveria, desse modo, se restringir aos dados imprescindíveis ao exercício da persecução penal, mas também àqueles indispensáveis ao exercício de direitos, de modo especial, se estiverem relacionados às condições especiais de determinada categoria ou grupo.

A omissão da Resolução produz impactos profundos no exercício do direito à substituição da prisão previsto no art. 318/CPP, e contrasta com a orientação da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CADH), sobre a importância de o Estado prover dados estatísticos confiáveis, capazes de garantir a defesa do direito das mulheres.¹⁷⁴⁹

O que se percebe, portanto, é que, mesmo depois de o legislador reconhecer a necessidade de tratamento adequado à condição das mulheres no cárcere, de modo particular a partir da compreensão de que são elas as principais responsáveis pelos seus filhos, mediante a elaboração de lei que prevê uma hipótese de conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, uma *aparente* neutralidade do tratamento adotado no sistema institucional impede o exercício pleno dos seus direitos.

Nos termos do Pacto de San José da Costa Rica, o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, só pode ser realizado se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais, culturais, bem como seus direitos civis e políticos, sendo obrigação dos Estados Parte adotar as medidas de

¹⁷⁴⁹ Veliz Franco e outros c. Guatemala, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 19 de maio de 2014, Série C Nº 277, o qual sustenta a importância do Estado produzir dados estatísticos relacionados à violência doméstica.

qualquer natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdade previstos na convenção, os quais deverão ser exercidos, livres de discriminação por raça, sexo, idioma, religião, origem ou opinião.

Neste contexto, a ausência de uma política institucional de tratamento de informações relacionadas à presença da maternidade ou gravidez atenta contra os preceitos a que o Estado brasileiro obrigou-se a respeitar, previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que constitui obstáculo institucional ao exercício do direito ao adequado tratamento às mulheres gestantes, e mães de filhos de até 12 anos, privadas de liberdade. Tais mulheres, segundo as Regras de Bangkok, bem como segundo o art. 318/CPP, tem direito à concessão da prisão domiciliar, desde que não tenham cometido crime com violência ou grave ameaça, ou contra seus descendentes, nos termos do alcance conferido à norma pela decisão no *Habeas Corpus* Coletivo 143.641/SP.

Não é exagero lembrar, ademais, que a Convenção prevê a vedação à tortura, a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, bem como que a pena não pode passar da pessoa do delinquente.

Não é, no entanto, o que se encontra nas unidades prisionais que encarceram mulheres, onde, conforme já referido, não há cela ou dormitórios adequados para gestantes ou bebês e crianças, é interditado o acesso à atenção pré-natal adequada, há demora para atendimento no caso de trabalho de parto, e em alguns casos as mulheres permanecem em solitárias ou são algemas enquanto estão a dar à luz.

A jurisprudência da Corte Interamericana é incansável em reconhecer a necessidade de atenção especial e cuidado às gestantes e lactantes, dado o seu caráter de vulnerabilidade, e da adoção de medidas especiais de acesso a serviços adequados de atenção básica, de políticas de prevenção à mortalidade materna e infantil e de controles adequados pré-natal e pós-parto¹⁷⁵⁰

De modo especial no que diz respeito às gestantes encarceradas, em razão da sobreposição das vulnerabilidades, a Corte também não hesita em reforçar o dever dos Estados de prover cuidados especiais. No caso do *Presídio Miguel Castro Castro c. Peru*, reconheceu o direito das presas de serem supervisionadas e revistas por mulheres, e às gestantes e lactantes, de serem providas de condições especiais de detenção e protegidas de todas as formas de violência.¹⁷⁵¹

No mesmo julgado, enfatiza a obrigação estatal de conferir atenção especial que as mulheres devem receber em razão da maternidade, reafirmando a importância da manutenção do vínculo entre as mães e seus filhos menores, uma vez que a impossibilidade de

1750 Comunidade Indígena Sawhoyamaya c. Paraguai, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29 de março de 2006, Série C. Nº 146; Comunidade Indígena Xákmok Kásek c. Paraguai, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de agosto de 2010, Série C Nº 214.

1751 Presídio Miguel Castro Castro c. Peru, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de novembro de 2006, Série C Nº 160; *Gelman c. Uruguay. Mérito e Reparações, Sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C Nº 221.*

comunicarem-se com seus filhos causa sofrimento psicológico adicional às mães presas.¹⁷⁵²

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher prescreveu, ademais, que a adoção pelos Estados Partes de medidas especiais destinadas a proteger a maternidade, tal qual a previsão do art. 318 do Código de Processo Penal, não será considerada discriminatória.

Nos termos da Convenção, ainda, constitui discriminação toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

O déficit institucional de tratamento das informações a respeito da presença de filhos das mulheres presas, de modo particular os que se encontram fora do sistema prisional, constitui uma modalidade de discriminação. Trata-se de restrição que tem por resultado prejudicar o exercício, pela mulher, de direito fundamental relacionado à sua liberdade, e o pleno exercício da maternidade, bem jurídico, ele mesmo, objeto de proteção Constitucional e Convencional.

Necessário lembrar, ainda, que nos Termos da Convenção de Belém do Pará, será considerada sujeita à violência, entre outras, a gestante afetada por situações de conflito armado ou privação de liberdade.

A mesma Convenção prevê, ademais, que a violência contra a mulher abrange também aquela perpetrada ou tolerada pelo Estado e seus agentes, e que os Estados Partes se comprometeram a abster-se de praticar atos de violência contra a mulher, e velar para que as autoridades, funcionários, agentes e instituições ajam em conformidade com essa obrigação.

Não importa, assim, para a caracterização de uma conduta estatal discriminatória, no caso, a manutenção da prisão de mulheres grávidas e mães, em descumprimento à norma do *Habeas Corpus* Coletivo 143.641/SP, que seja ela não intencional, ou que seja decorrente de uma medida aparentemente neutra adotada pelo sistema estatal.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em análise do caso *Opuz c. Turquia*, já havia reconhecido que a ausência de intencionalidade dos agentes estatais não é suficiente para descaracterizar a discriminação de gênero, decorrente, no caso, de uma *passividade judicial*. Na ocasião, o Tribunal aplicou o princípio segundo o qual, uma vez que se demonstra que a aplicação de uma regra leva a um impacto diferenciado entre homens e mulheres, o Estado deve provar que a aplicação da norma se deu em razão de fatores objetivos, não relacionados com a discriminação.¹⁷⁵³

1752 Presídio Miguel Castro Castro c. Peru, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de novembro de 2006, Série C Nº 16.

1753 *Opuz c. Turquia*, nº 33401/02, 9 Junho de 2009.

Nas hipóteses em que a prática estatal discriminatória não é intencional, mas mero resultado do sistema institucional que produz impacto diferenciado sobre indivíduos ou grupos, o direito da antidiscriminação a inclui na categoria de discriminação indireta.

Sobre a categoria jurídica da discriminação indireta, Roger Raupp Rios adverte sobre a importância do cuidado com a reprodução involuntária das manifestações, explícitas ou não, que impõem distinções ilegítimas, as quais se reproduzem em estruturas sociais perpetradoras de realidades discriminatórias. Para o autor, tal qual o déficit de tratamento adequado de informações penitenciárias sobre gestação e maternidade, a discriminação é fruto muitas vezes de “decisões ou práticas aparentemente neutras, desprovidas de maior justificação, cujos resultados, no entanto, têm impacto diferenciado perante diversos indivíduos ou grupos” (RIOS, 2008, p. 117).

Tanto a Convenção de Belém do Pará, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, já reconheceram que a violência que afeta a mulher de maneira desproporcional constitui uma forma de discriminação.¹⁷⁵⁴

Em verdade, os atos discriminatórios não intencionais se sustentam sobre esteótipos de gênero, que sutil e inconscientemente, influenciam o agir estatal.

Segundo julgados da Corte,¹⁷⁵⁵ estereótipos de gênero caracterizam-se como pré-compreensões a respeito de atributos e características ou papéis que são ou deveriam ser executados por homens e mulheres. Tais pré-compreensões, persistentes e socialmente dominantes,¹⁷⁵⁶ às quais se associa a ideia de subordinação da mulher,¹⁷⁵⁷ acabam por se converter em causa de violência e discriminações de gênero. Tal circunstância se agrava, de modo especial, a partir da mobilização de tais estereótipos pelas autoridades estatais, convertendo-os, implícita ou explicitamente em raciocínio, linguagem, políticas e práticas, administrativas e judiciais,¹⁷⁵⁸

No caso *Espinoza Gonzales c. Peru*, a Corte se debruçou sobre estereótipos de gênero a partir dos quais as autoridades administrativas e judiciais passaram a considerar as mulheres acusadas de crimes como “manipuladoras”, o que acabou por gerar influência nas condutas estatais e no resultado dos processos judiciais.¹⁷⁵⁹

1754 *Artavia Murillo e outros c. Costa Rica*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C Nº 257.

1755 *Espinoza Gonzáles c. Perú*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2014, Série C Nº 289; *González e outras (“Campo Algodonero”) c. México*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de novembro de 2009, Série C Nº 205.

1756 *Gelman c. Uruguay*. Mérito e Reparações, Sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C Nº 221.

1757 *Velásquez Paiz e outros c. Guatemala*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 19 de novembro de 2015, Série C Nº 307.

1758 *Gelman c. Uruguay*. Mérito e Reparações, Sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C Nº 221; *Velásquez Paiz e outros c. Guatemala*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 19 de novembro de 2015, Série C Nº 307.

1759 *Espinoza Gonzáles c. Perú*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2014, Série C Nº 289.

Tal circunstância se repetiu também nas decisões judiciais que apreciaram os pedidos de prisão domiciliar relacionados às mulheres objeto do estudo empírico aqui descrito.

Tratam-se de decisões judiciais proferidas após a concessão da ordem coletiva, que indeferiram o pedido de prisão domiciliar a partir de julgamentos morais, fundados em estereótipos e expectativas a respeito do comportamento da mulher, que desafiam a racionalidade do art. 318 do CPP, bem como as premissas sobre as quais se sustentou a decisão do *habeas corpus* coletivo.

Tais fundamentos se baseiam na: a) ausência de prova da imprescindibilidade dos cuidados da mãe, raciocínio que, ao inverter a lógica do art. 318 do CPP, exige que a mãe comprove que seus filhos dependem dela, e admite ser suficiente que estejam submetidos aos cuidados de parentes; b) ausência de prova da inadequação do espaço prisional, exigindo que a mãe comprove que as condições da unidade prisional não são adequadas; c) vinculação automática e desprovida de elementos concretos entre crime e negligência materna, inclusive para considerar a gravidez como agravante; d) presunção de que a prática do tráfico de drogas constitui, por si só, negligência materna, de modo especial, quando praticado na residência, embora seja o espaço doméstico aquele tradicionalmente ocupado pela mulher; e) gravidade genérica do delito e necessidade da garantia da ordem pública, elementos que a própria jurisprudência do STF já afastou como suficientes a ensejar a prisão preventiva.

Tais decisões, a partir da mobilização de estereótipos, contrariam expressamente as premissas lançadas na decisão do HC 143.641 e comprovam a manutenção dos mecanismos que sustentam o descumprimento *estrutural e sistemático* pelo Poder Judiciário da tarefa de implementar medidas de adequado tratamento a gestantes e filhos de até 12 anos. revelando uma prática estatal que, a partir de premissas lançadas em julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos,¹⁷⁶⁰ tornam-se incompatíveis com o direito internacional dos direitos humanos, as quais os Estados estão obrigados a erradicar.

A respeito, relevante transcrever trecho do julgado da Corte no *Caso Espinoza Gonzales c. Peru*, que cita as palavras de Rebeca Cook, em tradução livre:

“(...)a caracterização da mulher suspeita de a atividade criminosa como uma “menina má” permite que eles neguem sua maturidade e humanidade e, portanto, isentem de responsabilidade [perante] as pessoas responsáveis por sua custódia”, observando que dentre as características que atribuídas a mulheres suspeitas de terem cometido crimes incluem “ser assertiva, manipuladora, carecedoras de credibilidade e com tendência a desafiar a autoridade “. Acrescenta a testemunha especialista que “os juízes que compartilham de estereótipos de gênero semelhantes sobre mulheres consideradas suspeitas podem conseqüentemente fazer com que a decisão de sua inocência ou culpa não se baseie em evidências apropriadas ou em penas ainda mais severas às suspeitas que se submetem à autoridade masculina.”

1760 Artavia Murillo e outros c. Costa Rica, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C N° 257; Espinoza Gonzáles c. Perú, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2014, Série C N° 289.

De todo o exposto, é possível concluir que práticas estatais e administrativas, adotadas pelo Estado brasileiro, caracterizam-se como discriminações de gênero, baseadas em estereótipos, que produzem e reproduzem um quadro de violência e restrição ao exercício de direitos às mulheres presas, o que constitui violação às normas e decisões jurisprudenciais do sistema interamericano de direitos humanos.

A mobilização judicial de estereótipos, orientados profundamente por prescrições intuitivas que mitigam a influência da racionalidade dos argumentos jurídicos, acabam por interferir no resultado geral da prestação jurisdicional para deixar de conceder a substituição da prisão em favor de gestantes e mães de filhos de até 12 anos.

Do mesmo modo, a omissão institucional quanto aos dados relacionados aos filhos das mulheres presas, menores de 12 anos, nos termos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, constitui prática discriminatória, já que se caracteriza como restrição baseada no sexo, que tem por resultado, entre outros, prejudicar o exercício pela mulher, com base na igualdade ao homem, de seu direito de liberdade.

6. CONCLUSÃO

O presente estudo pretendeu analisar como o descumprimento da decisão do *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP, que concedeu ordem de prisão domiciliar a gestantes e mães de filhos de até 12 anos, viola tratados internacionais de direitos humanos, sob uma perspectiva de gênero.

A pesquisa diagnosticou obstáculos administrativos e judiciais que dificultam o cumprimento da ordem coletiva, os quais violam os direitos e garantias tutelados pelo sistema interamericano de direitos humanos.

A atribuição social e cultural de papéis marcados para as mulheres, relacionados à maternidade e ao cuidado, assim como a divisão sexual do trabalho, conferem um caráter particular à *vulnerabilidade* que marca as mulheres e pavimentam o seu caminho até a prisão. A divisão sexual do trabalho configura o feminino e tem impactos muito profundos nas vivências de homens e mulheres, no espaço privado e no espaço público, assim como na experiência do cárcere.

A ausência de critério legal a respeito da quantidade de droga a ser considerada como sendo para uso pessoal bem como os conceitos legais indeterminados de “local da ação, circunstâncias sociais e pessoais, e conduta do agente” atuam para transformar mulheres primárias, que portavam pequenas quantidades de drogas e que praticaram crimes sem violência ou grave ameaça, em criminosas perigosas, tudo sustentado pela lógica da gravidade abstrata do crime de tráfico.

A aplicação de penalidades extensas, de regime de cumprimento da pena mais gra-

voso decorrente de sua caracterização como crime hediondo, bem como a utilização em grande escala das prisões preventivas nos casos de crimes relacionados às drogas têm imposto às mulheres no Brasil uma punição desproporcional, com repercussões de gênero.

Enquanto a destinação cultural atribuída às mulheres relacionadas ao trabalho reprodutivo sustenta o cenário de vulnerabilidade que caracteriza o crime do pequeno tráfico, ao mesmo tempo faz delas as principais responsáveis pelo cuidado dos filhos.

A análise empírica dos processos judiciais das gestantes e/ou mães, acompanhadas de seus filhos, custodiadas na Penitenciária Feminina do Paraná, acompanhada de uma entrevista realizada junto à Direção da unidade prisional, descortinou, no entanto, um panorama que indica o baixo impacto da norma legal no desencarceramento de gestantes e mães de filhos de até 12 anos de idade.

Um dos motivos encontrados no longo caminho da mulher até a liberdade é a ausência de uma política institucional oficial de tratamento dos dados sobre o número de mulheres presas, mediante um sistema informatizado que seja capaz de apresentar dados em determinado corte temporal, ou que dê adequado tratamento às informações a respeito de gravidez e presença de filhos de até 12 anos.

O aferimento dos dados sobre mulheres na prisão encontra-se na dependência de providências artesanais e dos *bons propósitos* do gestor que ocasionalmente se encontre nessa posição.

Percebeu-se que, mesmo depois de o legislador reconhecer a necessidade de tratamento adequado à condição das mulheres no cárcere, de modo particular a partir da compreensão de que são elas as principais responsáveis pelos seus filhos, mediante a elaboração de lei que prevê uma hipótese de conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, a neutralidade do tratamento adotado no sistema institucional impede o exercício pleno dos seus direitos e viola o sistema interamericano de proteção de direitos humanos.

No caminho do adequado tratamento penal às mulheres grávidas e mães de filhos de até 12 anos, há muitos obstáculos, que parecem se renovar a cada passo que se dê na direção do cumprimento das Regras de Bangkok, da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e dos princípios que informam o adequado tratamento das presas previstos constitucionalmente.

Os dados levantados na comparação entre o total de decisões proferidas e o número de julgamentos que autorizaram a substituição da prisão, assim como entre a quantidade de pedidos deduzidos e os respectivos deferimentos, confirmam a hipótese de que os estereótipos, orientados profundamente por prescrições intuitivas que mitiguem a influência da racionalidade dos argumentos jurídicos, acabam por interferir

no resultado geral da prestação jurisdicional para deixar de conceder a substituição da prisão em favor de gestantes e mães de filhos de até 12 anos.

Conclui-se, assim, que a aparente neutralidade do direito, constituída a partir da hegemonia do masculino, abre espaço para a atuação de pré-compreensões construídas histórica e culturalmente a respeito do feminino, as quais *naturalizam* a posição de inferioridade e submissão imposta às mulheres, e, sutil e inconscientemente, determinam violações de direitos sob uma perspectiva de gênero a partir do silenciamento de suas singularidades.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMO, Laís; VALENZUELA, Maria Elena. Tempo de Trabalho Remunerado e Não Remunerado na América Latina. In: ABREU, Alice Rangel de Paiva; HIRATA, Helena; LOMBARDI, Maria Rosa (org). *Gênero e trabalho no Brasil e na França: perspectivas interseccionais*. Tradução de Carol de Paula. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

ARGUELLO, Katie; MURARO, Mariel. *Las mujeres encarceladas por tráfico de drogas en Brasil: las muchas caras de la violencia contra las mujeres*. Onati Socio - Legal Series, v. 5(2), 2015.

BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*; trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

FONTOURA, Natália; ARAÚJO, Clara; BARAJAS, Maria de la Paz López et al. (Orgs.). *Uso do tempo e gênero*. Rio de Janeiro: UERJ, 2016. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/170904_uso_do_tempo_e_genero.pdf].

LEAL, Maria do Carmo *et al.* Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. In: *Ciênc. saúde coletiva* [online], 2016, vol.21, n.7, 2061-2070. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015217.02592016>.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Infopen Mulheres, 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arre_07-03-18.pdf>.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Infopen Mulheres, 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf> .

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Infopen, 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf].

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Infopen 2016. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>, p. 39. Acesso em 19/02/2019.

MOREIRA, Anny Clarissa de Andrade; GOMES, Thais Candido Stutz. Quem são as mulheres presas? Que crimes cometeram? In: SÁ, Priscilla Placha (Coord. e Org.). *Diário de uma Intervenção: sobre o cotidiano de mulheres no cárcere*. Florianópolis: EMais, 2018, p. 71.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 117.

SÁ, Priscilla Placha (Coord. e Org.). *Diário de uma Intervenção: sobre o cotidiano de mulheres no cárcere*. Florianópolis: EMais, 2018.

SIMÕES, Heloisa Vieira; BARTOLOMEU, Priscila Conti. O que leva(m) mulheres grávidas à prisão? In: SÁ, Priscilla Placha (Coord. e Org.). *Diário de uma Intervenção: sobre o cotidiano de mulheres no cárcere*. Florianópolis: EMais, 2018.

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E AS NORMAS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT): A CRESCENTE PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Bárbara Fagundes

Luciane Cardoso Barzotto

RESUMO: O presente trabalho visa a investigar de que forma é feita a tutela dos direitos sociais na Corte Interamericana de Direitos Humanos, citando casos em que a proteção aos mencionados direitos foi realizada. Busca-se responder se tratados fora do âmbito do sistema regional americano, como as normas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), são hábeis a fundamentar a condenação de Estados supostamente violadores e se há necessidade de o tratado ter sido ratificado para tanto. Em caso positivo, perquirem-se os motivos pelos quais se pode exigir do Estado que não ratificou a norma da OIT, não estando formalmente obrigado a cumpri-la, a observância dessa. Além disso, também se pretende analisar se as normas da OIT são passíveis de serem modelos e normas controlantes em controle de convencionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Normas da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Direitos sociais. Controle de convencionalidade. Direito internacional do trabalho.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A proteção indireta dos direitos sociais na Corte Interamericana de Direitos Humanos; 3. A aplicação de normas da OIT em decisões da Corte; 4. Controle de convencionalidade e normas da OIT; 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos humanos surgiram após a segunda guerra mundial, quando, cansada das atrocidades ocorridas no período bélico, a comunidade internacional passou a entender a necessidade de se estabelecer em instrumentos internacionais que os seres humanos eram sujeitos do direito das gentes, independentemente da sua vinculação com um Estado. Inicialmente, receosos de assumirem compromissos que não pudessem cumprir, os Estados concordam com declarações que não criavam *a priori* obrigações, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, que não é um tratado. Aos poucos, os Estados passam a ratificar tratados sobre direitos humanos, criando obrigações para si. As obrigações mais bem aceitas, no entanto, eram aquelas relativas a direitos civis e políticos.

Todavia, com o aumento da complexidade da vida em sociedade, os direitos de liberdade que tratam de obrigações de não fazer, em geral, passam a se mostrar insuficientes para tutelar os direitos humanos. Para dar efetividade ao um direito humano

civil e político, é necessário também tutelar direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Por isso, surge uma crescente necessidade de proteção dos direitos sociais.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), que data desde 1919, ou seja, anterior a Organização das Nações Unidas (ONU) é uma sinalização de que a interação entre os diversos tipos de direitos humanos sempre foi necessária para o alcance de qualquer um deles. Para atingir a paz, era preciso ter justiça social, conforme Declaração Universal dos Direitos Humanos. Para tratar de direito internacional público do trabalho é necessário abordar normas da OIT. Assim, é natural que, para haver proteção dos direitos sociais dos trabalhadores pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o mencionado tribunal internacional invoque normas da OIT.

O que se pretende no presente artigo é delinear os caminhos que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem traçado para tutelar os direitos sociais, ressaltando as técnicas e os institutos que o tribunal internacional tem utilizado para a promoção dos mencionados direitos. Perquire-se se o uso de normas da OIT pela Corte tem sido tímido ou mais ousado e, portanto, se seria possível exigir de um Estado que cumprisse uma convenção da OIT sem que esta tenha sido ratificada pelo sujeito de direito internacional supostamente violador de direitos. Da mesma forma, busca-se responder se o controle de convencionalidade, instituto contemporaneamente debatido entre os que estudam a jurisprudência da Corte, pode ter como parâmetro normas da OIT, instrumentos internacionais de direitos humanos que compõem o sistema universal de proteção.

2. A PROTEÇÃO INDIRETA DOS DIREITOS SOCIAIS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Para fins didáticos, há o hábito de se separar os direitos humanos em gerações ou, mais modernamente, em dimensões, sendo a mais tradicional a divisão entre primeira e segunda dimensão. Na primeira separação estariam os direitos civis e políticos e, na segunda, os direitos econômicos, sociais e culturais. Os primeiros direitos exigiriam, em tese, meramente, um não fazer estatal, ao passo que os segundos demandariam obrigações de fazer do Estado, razão pela qual não raras vezes estão condicionados aos recursos disponíveis, como ocorre com o artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A leitura da Convenção Americana de Direitos Humanos revela que foram os direitos humanos civis e políticos contemplados no referido tratado. Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais não foram adequadamente tratados no referido instrumento internacional. Em virtude disso, o Protocolo Adicional de San Salvador foi estabelecido para abordar os mencionados direitos. No entanto, nem todos os Estados do sistema regional americano ratificaram o citado protocolo adicional. Há uma resistência dos Estados em se obrigarem a cumprir direitos humanos sociais.

A redação genérica do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos revela o temor ainda persistente em se criar obrigações de direitos sociais. Estabelece o mencionado dispositivo o desenvolvimento progressivo da plena efetividade dos direitos que decorrem de normas econômicas, sociais e sobre educação ciência e cultura, constantes na Carta da Organização dos Estados Americanos, na medida dos recursos disponíveis. Trata-se, assim, de dispositivo tímido sobre a proteção de direitos sociais, que, no entanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos busca desenvolver paulatinamente.

Uma das formas de aumentar a efetividade dos direitos sociais utilizada pela Corte é aplicar de modo interdependente direitos humanos civis e políticos com direitos humanos sociais. Para tutelar os últimos, é necessário fazer uso de artigos e de institutos que protegem os primeiros, ou ainda determinar a observância dos primeiros para que, na verdade, os últimos também os sejam. Trata-se da interdependência entre direitos humanos de qualquer espécie.

Um dos exemplos dados pela doutrina (PIOVESAN, 2017, p. 205) é referente ao caso *Trabalhadores Dispensados do Congresso c. Peru*, de 2006, em que vários trabalhadores do congresso peruano foram dispensados, em razão de reformas administrativas, sem a devida possibilidade de defesa. Todavia, no lugar de se abordar o direito do trabalho e a vedação da dispensa arbitrária, os direitos dos trabalhadores foram tutelados através da alegação de violação do devido processo legal e do acesso à justiça. De fato, no referido caso, não houve citação de convenções da OIT (FAGUNDES, 2020), mas ainda assim os direitos das vítimas foram assegurados pela via da proteção dos direitos civis e políticos. O caso poderia perfeitamente abordar a Convenção 158 da OIT que trata da dispensa coletiva, mas houve a preferência por uma tutela indireta dos direitos sociais.

A via indireta de proteção e de interdependência mostra-se importante, pois o principal instrumento internacional no sistema regional americano de direitos humanos é o Pacto de San José da Costa Rica, um tratado que cuida eminentemente de direitos civis e políticos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos aponta em seus julgados dispositivos da Convenção Americana que foram violados. Desse modo, necessariamente se utiliza uma técnica de proteção indireta dos direitos mesmo quando instrumentos de tutela de direitos sociais são expressamente citados. Um exemplo disso é o caso *Comunidade Garífuna de Punta Piedra c. Honduras*, de 2015, que trata da propriedade coletiva indígena. Ainda que a Corte mencione tratado de direito social, indica que houve violação do artigo 21 da Convenção Americana, que trata explicitamente de propriedade privada. Em suma, para a proteção dos direitos sociais, mesmo na forma direta, é necessário recorrer a dispositivos de direitos civis e políticos no sistema regional americano.

3. A APLICAÇÃO DE NORMAS DA OIT EM DECISÕES DA CORTE

A Corte Interamericana de Direitos Humanos não aplica somente os tratados internacionais do sistema regional americano de direitos humanos em suas decisões. Desde a Opinião Consultiva n. 16/99, solicitada pelo Estado mexicano, está claro que outros tratados, além daqueles firmados no âmbito interamericano podem ser apreciados pela Corte¹⁷⁶¹. No caso, o Estado mexicano solicitou que a Corte Interamericana de Direitos Humanos respondesse doze perguntas que envolviam a aplicação da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Declaração Americana e da Carta da OEA¹⁷⁶². As perguntas decorreram do fato de os Estados Unidos terem deixado de informar tempestivamente nacionais mexicanos, alguns dos quais foram condenados à morte, sobre o direito de comunicação a autoridades consulares do México¹⁷⁶³.

No parecer, a Corte concluiu que era competente para responder a opinião consultiva solicitada, uma vez que tanto o México quanto os Estados Unidos firmaram a Convenção de Viena sobre Relações Consulares e a Declaração Americana. Ambos os Estados são membros da OEA, e pesava o fato de os Estados Unidos, Estado receptor, ser signatário do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁷⁶⁴. O fato de os Estados Unidos não terem ratificado a Convenção Americana não impedia a consulta solicitada, pois haveria uma grande limitação da competência consultiva da Corte se houvesse a exigência de que todos os Estados envolvidos terem se obrigado a observar o Pacto de San José da Costa Rica¹⁷⁶⁵.

Com base em tratados internacionais externos ao sistema regional americano, a Corte concluiu que os estrangeiros deveriam ser informados sobre o seu direito à assistência jurídica consular no momento da prisão e antes de qualquer declaração e confissão¹⁷⁶⁶. Assim, o que se extrai da mencionada opinião consultiva é que o fato de os Estados envolvidos terem ratificado algum tratado concernente à proteção dos direitos humanos autoriza a Corte Interamericana de Direitos Humanos a apreciar a observância do instrumento internacional. A tutela dos direitos humanos não se limitaria aos tratados regionais, mas se estenderia a instrumentos de proteção universal e multilateral. Considerado o mencionado precedente, cumpre perquirir se, na seara

1761 O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal, Opinião Consultiva OC-16/99, 1 de outubro de 1999, Série A No. 16, § 69;

1762 O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal, Opinião Consultiva OC-16/99, 1 de outubro de 1999, Série A No. 16, § 33;

1763 O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal, Opinião Consultiva OC-16/99, 1 de outubro de 1999, Série A No. 16, § 2;

1764 O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal, Opinião Consultiva OC-16/99, 1 de outubro de 1999, Série A No. 16, § 42;

1765 O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal, Opinião Consultiva OC-16/99, 1 de outubro de 1999, Série A No. 16, § 41;

1766 O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal, Opinião Consultiva OC-16/99, 1 de outubro de 1999, Série A No. 16, § 106.

trabalhista, seria possível a Corte aplicar normas da OIT, desde que ratificadas pelo Estado membro envolvido.

No caso *Baena Ricardo e outros c. Panamá*, de 2001, a Corte Interamericana de Direitos Humanos citou o preâmbulo da Constituição da OIT que reconhece o princípio da liberdade sindical como requisito indispensável da paz e da harmonia universais¹⁷⁶⁷. A mencionada decisão mais de uma vez cita as Convenções 87 e 98 da OIT que tratam de princípios fundamentais da organização internacional, conforme a Declaração de 1998 da OIT. A declaração estabelece que, dentre os direitos fundamentais, isto é, o núcleo duro dos direitos internacionais do trabalho, estão “a liberdade de associação e a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva”, direitos respectivamente abordados pelas normas citadas. Ambas as convenções referidas foram ratificadas pelo Estado panamenho. É oportuno ressaltar que, com a Declaração de 1998 da OIT, há uma mitigação do voluntarismo clássico do direito internacional público, pois, mesmo Estados-membros que não tenham ratificado as convenções fundamentais têm a obrigação de tornarem efetivos os princípios e direitos fundamentais nela estabelecidos (MONTEJO, 2008). Assim, ratificar ou não uma norma fundamental da OIT é uma faculdade do Estado. No entanto, ainda que não haja a ratificação, o Estado-membro da organização é fiscalizado para que observe a norma internacional.

Juntamente com as normas da OIT acima referidas, também são citados artigos da Convenção Americana (artigo 16) e do Protocolo Adicional de San Salvador (artigo 8.3), que tratam da liberdade de associação em matéria laboral¹⁷⁶⁸. A convergência e a sinergia da OIT com a Corte Interamericana de Direitos Humanos são demonstradas mais expressamente quando o tribunal internacional cita conclusões do Comitê de Liberdade Sindical e da Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, também conhecida como Comitê de Peritos, órgãos da OIT que monitoram a aplicação das normas da organização pelos Estados-membros¹⁷⁶⁹. No caso, um tema muito caro para o direito internacional do trabalho, liberdade sindical, é tratado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que aplicou o universalismo, citando normas da OIT para reforçar o direito à associação previsto em normas do sistema regional de proteção. Assim, o presente caso sinaliza a possibilidade de aplicação de normas da OIT em decisões da Corte em período que antecede ao desenvolvimento da teoria do controle de convencionalidade e, além disso, revela que a Corte Interamericana faz uso de relatórios de órgãos da organização em comento para analisar hipótese de violação de direitos humanos do trabalho.

1767 *Baena Ricardo e outros c. Panamá*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 2 de fevereiro de 2001, Série C No. 72. § 157.

1768 *Baena Ricardo e outros c. Panamá*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 2 de fevereiro de 2001, Série C No. 72. § 159.

1769 *Baena Ricardo e outros c. Panamá*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 2 de fevereiro de 2001, Série C No. 72. § 162, 163, 164.

O caso *Comunidade Garífuna de Punta Piedra c. Honduras*, de 2015, também sinaliza que a ratificação de uma convenção da OIT pelo Estado supostamente violador de direitos humanos autoriza a Corte Interamericana a utilizar a mencionada norma trabalhista como parâmetro para verificação da observância das obrigações internacionais. No julgado, concluiu-se que o Estado hondurenho há muitos anos falhava em garantir a proteção do território indígena destinado à Comunidade Garífuna de Punta Piedra, permitindo que terceiros tomassem posse dele, o que gerou conflito entre povos indígenas e demais moradores da região¹⁷⁷⁰. Estabelece o artigo 14.1. da Convenção 169 da OIT que se devem tomar medidas para garantir que os povos indígenas utilizem terras ainda não exclusivamente ocupadas por eles (FAGUNDES, 2020). Logo, ao não garantir a posse dos povos indígenas, Honduras violou o mencionado dispositivo da convenção da OIT.

Além da violação ao artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que trata do direito que toda a pessoa tem quanto ao uso e ao gozo dos seus bens, a Corte reconheceu que o Estado hondurenho não deu efetividade ao dever de proteção à propriedade dos povos indígenas, conforme a Convenção 169 da OIT, dentre outros instrumentos internacionais¹⁷⁷¹. A citada convenção da OIT foi ratificada por Honduras, sendo, pois, seu cumprimento exigível do Estado hondurenho. Note-se que, para complementar o disposto no artigo 21 da Convenção Americana, a Corte Interamericana de Direitos Humanos buscou conceitos de outro tratado internacional ratificado pelo Estado violador. O artigo citado do Pacto de San José da Costa Rica parece mais voltado à proteção da tradicional propriedade privada, ao passo que a Convenção 169 da OIT cuida da tutela da propriedade coletiva indígena. A complementaridade dos instrumentos internacionais permitiu, pela interação das fontes, a evolução do direito internacional e da proteção dos direitos humanos no âmbito regional americano.

O caso em comento é citado como dentre aqueles que compõem os requisitos da teoria do controle de convencionalidade, instituto desenvolvido na Corte desde 2003, a partir do caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala* com o voto do juiz Sérgio García Ramírez. Sua menção decorre do fato de se reconhecer que, afóra os tratados do sistema regional de proteção de direitos humanos, os padrões internacionais aplicáveis deveriam ser considerados para fins de se exercer o controle de convencionalidade¹⁷⁷². A partir do mencionado julgado, esclarece-se que o novo instituto tem como parâmetro o direito internacional dos direitos humanos, o que inclui tratados do sistema universal de proteção.

1770 *Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros c. Honduras*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 8 de outubro de 2015, Série C No. 304, §§ 114, 130 e 159.

1771 *Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros c. Honduras*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 8 de outubro de 2015, Série C No. 304, § 168.

1772 *Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros c. Honduras*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 8 de outubro de 2015, Série C No. 304, § 211.

Para a tutela dos direitos sociais, o fato de o padrão internacional ser uma norma da OIT é muito significativo, uma vez que sinaliza que a Corte pretende proteger os direitos sociais, reconhecendo-os como direitos humanos. Disso também se conclui que normas da OIT são normas controlantes, ou seja, são normas modelos de validade de normas domésticas. No entanto, apesar de se tratar de convenção da OIT, sua aplicação deu-se em um contexto que se visava a proteger a propriedade coletiva indígena e não direitos trabalhistas. Assim, ainda poderia haver dúvida quanto à aplicação de normas da OIT pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para tutelar o direito do trabalhador em sede de controle de convencionalidade.

Contudo, no ano seguinte, a Corte aprecia um caso sobre escravidão em que têm a oportunidade de aplicar normas da OIT em um contexto eminentemente de direito do trabalho. No caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil* de 2016, a Corte analisa a escravidão de trabalhadores na fazenda que dá nome ao caso. Segundo a Corte, desde a década de 1980, o Brasil recebia denúncias de violações a direitos trabalhistas dos trabalhadores da citada propriedade, como descumprimento de promessas feitas antes de se chegar ao local de labor, condições de vida e de trabalho degradantes, alimentação de baixa qualidade e insuficiente, consumo de água inadequada e jornada de mais de 12 horas¹⁷⁷³.

No entanto, o Estado brasileiro não agiu adequadamente para impedir os danos causados aos trabalhadores após as denúncias, tendo pronunciado a prescrição de alguns crimes relativos à escravidão perpetrada¹⁷⁷⁴. No julgado, a Corte declarou, de forma inovadora, que a escravidão é delito de direito internacional com status de *jus cogens*¹⁷⁷⁵. Dessa forma, não seria possível invocar institutos processuais como a prescrição para se furtar da investigação e da sanção de crimes relativos ao trabalho forçado e à escravidão¹⁷⁷⁶ (FAGUNDES, 2020). É oportuno lembrar que normas contra a escravidão e servidão são consideradas normas de *jus cogens* pela doutrina internacionalista mesmo antes do mencionado julgado¹⁷⁷⁷. É certo, no entanto, que o julgamento reforça

1773 *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de outubro de 2016, Série C No. 318, § 300.

1774 *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de outubro de 2016, Série C No. 318, § 328.

1775 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas, 20 de outubro de 2016, § 249. Sobre o conceito de *jus cogens* é oportuno citar o conceito referido por Browlie: “A principal característica distintiva de tais regras é sua não derogabilidade. São regras de direito consuetudinário que não podem ser afastadas por tratado ou aquiescência, mas apenas pela formação de uma regra consuetudinária subsequente de efeito contrário. Os exemplos menos controversos deste tipo de regras são a proibição do uso da força, as regras sobre genocídio, o princípio da não discriminação racial, os crimes contra a humanidade, e as regras que proíbem o comércio de escravos e pirataria”. (BROWLIE, 1997, p. 537.)

1776 *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de outubro de 2016, Série C No. 318, § 412.

1777 *En este listado de normas imperativas destacan para el ámbito laboral dos derechos humano: la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la discriminación racial. Entendiendo que estos dos derechos humanos laborales están recogidos en normas imperativas del Derecho Internacional, postularía que conforman un jus cogens laboral. Como se ha señalado, la prohibición de la esclavitud es identificada por la Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction como una de las obligaciones erga omnes. Por lo que es indiscutible que se trata de un derecho humano recogido en una norma imperativa del Derecho Internacional. El punto que merece analizarse es*

a teoria de que normas com o referido conteúdo não são passíveis de derrogabilidade pelos Estados.

A Corte citou importantes convenções da OIT no caso, todas ratificadas pelo Estado brasileiro, quais sejam: convenção 29, sobre trabalhos forçados; convenção 138, sobre a idade mínima para o trabalho; convenção 182, sobre as piores formas de trabalho infantil (FAGUNDES, 2020). Oportuno lembrar que as citadas convenções são consideradas princípios fundamentais pela OIT. Concluiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos que, quanto à proteção infantil, as convenções 138 e 182 da OIT integram *corpus iuris* internacional sobre a matéria¹⁷⁷⁸. Assim sendo, são normas internacionais a serem observadas ao se tratar da tutela das crianças, inclusive no âmbito regional americano. Logo, em um caso mais afeito à seara laboral, no caso o trabalho escravo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos aplicou normas da OIT para condenar o Brasil internacionalmente. Novamente, os tratados da mencionada organização servem de modelo para verificar o cumprimento de obrigações internacionais e também complementam dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Parece claro, dessa forma, que as normas da OIT são passíveis de terem seu cumprimento exigido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde que ratificadas pelo Estado violador. No entanto, indaga-se se é possível fundamentar uma condenação internacional em norma da OIT não ratificada pelo Estado supostamente perpetrador. O citado questionamento é respondido pela sentença do caso Lagos Del Campo c. Peru, de 2017. No citado caso, o trabalhador Alfredo Lagos Del Campo participava de um comitê eleitoral na empresa para a qual trabalhava, tendo concedido uma entrevista a uma revista em que denunciava atos fraudulentos e coerção na eleição¹⁷⁷⁹. Após, foi dispensado por falta grave¹⁷⁸⁰. Esgotados os recursos internos, o trabalhador denunciou o caso à Comissão Americana de Direito Humanos que, posteriormente, apresentou a ação à Corte (FAGUNDES, 2020).

Ao analisar o caso, a Corte percebeu que no âmbito interno e na denúncia apresentada à Comissão o trabalhador tratava de violações juslaborais, o que não se verifica-

si la prohibición de la esclavitud incluye también la prohibición de la servidumbre, tomando en cuenta que ambas prohibiciones suelen ser consagradas conjuntamente en los instrumentos internacionales. Nesta lista de normas imperativas, dois direitos humanos se destacam no trabalho: a proibição da escravidão e a proibição da discriminação racial. Entendendo que esses dois direitos humanos trabalhistas estão incluídos nas normas imperativas do Direito Internacional, eu postularia que eles constituem um jus cogens trabalhista. Conforme observado, a proibição da escravidão é identificada pelo Tribunal Internacional de Justiça no caso Barcelona Traction como uma das obrigações erga omnes. Portanto, é indiscutível que é um direito humano incluído em uma regra obrigatória do Direito Internacional. O ponto que merece ser analisado é se a proibição da escravidão também inclui a proibição da servidão, levando em consideração que ambas as proibições geralmente são consagradas em conjunto em instrumentos internacionais. [tradução livre das autoras] (MONTEJO, 2008, p. 517-8).

1778 *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de outubro de 2016, Série C No. 318, §331.

1779 *Lagos del Campo c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 340, §50.

1780 *Lagos del Campo c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 340, § 52.

va na peça inaugural apresentada ao tribunal internacional¹⁷⁸¹. Com base no princípio *iura novit curia*, a Corte examina os supostos descumprimentos de normas trabalhistas (FAGUNDES, 2020). A partir do texto genérico do artigo 26 da Convenção Americana, a Corte conclui que Lagos Del Campo teve direitos trabalhistas violados¹⁷⁸². Para complementar o dispositivo do Pacto de San José da Costa Rica, a Corte utiliza a Convenção 135 da OIT e seu conceito de representantes de trabalhadores¹⁷⁸³, a Convenção 158 da OIT que trata de dispensa lícita¹⁷⁸⁴, assim como a Recomendação 143 da OIT que trata da tutela dos representantes de trabalhadores¹⁷⁸⁵ (FAGUNDES, 2020).

Conquanto as mencionadas convenções não tenham sido ratificadas pelo Estado peruano, a Corte utiliza os instrumentos internacionais para complementar o sentido do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos em um caso concreto. O que justificaria o posicionamento da Corte seria o fato de as citadas normas internacionais integrarem *corpus iuris* internacional de proteção dos representantes de trabalhadores. Além disso, o Peru é membro da OIT, estando, pois, submetido ao cumprimento de seu tratado constitutivo. Mesmo para Estados que não ratificaram convenções exige-se, por parte da OIT, que, quando solicitado, informem sobre a observância dessas pelas autoridades competentes e pela legislação interna¹⁷⁸⁶ (FAGUNDES, 2020). No caso de recomendações, que são instrumentos internacionais não obrigatórios, o Estado membro tem a obrigação de as submeter às autoridades competentes, informar sobre o cumprimento e sobre a necessidade de alteração da legislação interna¹⁷⁸⁷ (FAGUNDES, 2020). Segundo a doutrina, quando um Estado escolhe integrar uma organização internacional, deve ao menos examiná-la de boa-fé, pois a maioria dos outros Estados que dela fazem parte consideram seu conteúdo importante¹⁷⁸⁸ (DINH, 1999).

Ser membro da OIT implica estar comprometido com as normas criadas pela organização. O caso em comento demonstra que convenções não ratificadas e recomendações da OIT podem ser aplicadas no âmbito regional americano de proteção de direitos

1781 *Lagos del Campo c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 340, § 133.

1782 *Lagos del Campo c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 340, § 154.

1783 *Lagos del Campo c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 340, § 154.

1784 *Lagos del Campo c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 340, § 148.

1785 *Lagos del Campo c. Peru*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2017, Série C No. 340, § 148.

1786 Organização Internacional do Trabalho. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo (Declaração de Filadélfia)**. 1946/1944, artigo 7, b, IV.

1787 Organização Internacional do Trabalho. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu Anexo (Declaração de Filadélfia)**. 1946/1944, artigo 6.

1788 *A falta de força obrigatória das recomendações não significa que não tenham qualquer alcance. Se fosse esse o caso, seria difícil explicar a obstinação dos debates que conduziram à sua adoção. O seu impacto político é muitas vezes fundamental e mesmo o seu valor jurídico não é de desprezar. (...) Qualquer Estado membro é obrigado, pelo menos, a examinar a recomendação de boa-fé. Este representa, com efeito, a opinião da maioria dos membros da organização na qual o Estado escolheu livremente entrar e cujas finalidades aceitou.* (DIHN, 1999, p. 345-6).

humanos, desde que o Estado supostamente violador seja membro da OIT. Embora o caso seja emblemático, cumpre destacar que não se concorda com parte da doutrina que o identifica como primeiro julgado envolvendo os direitos humanos econômicos, sociais e culturais (TONIAL, 2019). Como destacado anteriormente, houve outros casos em que a mesma espécie de direitos foi tutelada, ainda que pela via indireta.

Os casos mencionados demonstram que é possível aplicar normas da OIT no sistema regional americano de proteção dos direitos humanos. As normas da OIT integram o direito internacional, não sendo, pois estanques, podendo ter sua aplicação controlada por outros órgãos internacionais. Sobre o tema, em 2019, a OIT lançou um documento intitulado *Monitoring Compliance with international labour standards*, no qual trata também do fato de muitos dos direitos assegurados por convenções estar previsto em outros instrumentos internacionais, o que provocaria uma sinergia entre os órgãos que supervisionam o cumprimento de normas internacionais¹⁷⁸⁹ (FAGUNDES, 2020). A Corte Interamericana de Direitos Humanos está em sinergia com a OIT, aplicando os padrões internacionais por ela estabelecidos.

4. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E NORMAS DA OIT

O controle de convencionalidade é um instituto jurídico que visa a promover o controle normativo do direito interno, tendo como norma controlante um tratado internacional ratificado pelo Estado. Impõe-se aos juízes internos dos Estados que reconhecem a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos a realização de um prévio controle em que devem verificar se as normas domésticas são compatíveis com o Pacto de San José da Costa Rica. Caso não sejam, demanda-se que o magistrado interno deixe de aplicá-las em favor do tratado internacional. Se a norma interna está adequada ao tratado internacional, há validade, caso contrário, a norma é inválida. Para a teoria, o direito internacional está hierarquicamente superior ao interno, condicionando a sua validade.

A evolução do controle de convencionalidade deu-se na Corte Interamericana de

1789 *Many of the countries which have ratified ILO Conventions have also ratified UN human rights treaties with corresponding provisions. If there is a case of non-compliance with these provisions, the case will often be treated both by the CEACR and one or several UN supervisory bodies. Over the years, this has led to the development of synergies between these bodies, with the UN bodies in many cases quoting comments of the CEACR and urging the respective governments to respond to them. Similarly, the CEACR has also, in many cases, quoted comments made by these supervisory bodies in its reports in order to reinforce its own statements. 50 There are also a number of regional multilateral treaties which treat issues relevant to ILO standards, such as the European Social Charter or the Social Charter of the Americas. In the case of the European Committee on Social Rights, it has established links with the CEACR for countries that have ratified both treaties.* (Muitos países que ratificaram convenções da OIT também ratificaram tratados de direitos humanos da ONU com correspondentes direitos. Se há um caso de não conformidade com tais direitos, esse será tratado tanto pelo Comitê de Peritos e por um ou muitos órgãos de supervisão da ONU. Ao longo dos anos, isso levou ao desenvolvimento de sinergia entre tais órgãos com muitos deles citando comentários do Comitê de Peritos e requerendo aos governos correspondentes a resposta a eles. Semelhantemente, o Comitê de Peritos também, em muitos casos, citou comentários feitos por tais órgãos de supervisão e seus relatórios para reforçar suas assertivas. Há também um grande número de tratados multilaterais regionais que tratam de questões relevantes para os padrões da OIT, como a Carta Social Europeia ou a Carta Social das Américas. No caso do Comitê Europeu de Direitos Sociais, foram estabelecidas relações entre o Comitê de Peritos para Estados que ratificaram ambos os tratados. [tradução livre da autora]) (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019, p. 33.)

Direitos Humanos, embora o instituto tenha sua origem no direito interno francês com a decisão 74-54/DC sobre a interrupção voluntária da gravidez (CARREAU, 2018). Aqui vale fazer uma comparação quanto ao controle de convencionalidade desenvolvido no direito doméstico francês e o instituto com idêntica denominação do sistema regional americano. O primeiro decorre da interpretação do artigo 58 da Constituição Francesa que aloca os tratados internacionais em um patamar mais elevado do que as normas domésticas. Trata-se, assim, de um controle normativo hierárquico típico em que a hierarquia de normas estabelecida pelo direito interno é observada¹⁷⁹⁰. O segundo, concernente ao âmbito internacional, a seu turno, subverte a tradicional pirâmide normativa definida pelo direito doméstico (FAGUNDES, 2020). Os juízes passam a ter de realizar um controle normativo, considerando a prevalência dos tratados internacionais ratificados, ainda que o direito interno não confira nível hierárquico superior aos instrumentos internacionais (FAGUNDES, 2020), o que, aliás, é o caso da maioria dos Estados que integram o sistema regional americano de proteção dos direitos humanos (FAGUNDES, 2020). Há uma imposição da prevalência do direito internacional.

Inicialmente, o controle de convencionalidade foi mencionado em votos individuais de juízes da Corte, como o caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, de 2003¹⁷⁹¹. Após, o pleno da Corte passa a mencionar, no caso *Almonacid Arellano c. Chile*, de 2006, a necessidade de os juízes internos realizarem um certo controle de convencionalidade, considerando a Corte Interamericana de Direitos Humanos como intérprete última da Convenção Americana¹⁷⁹². Com o caso *Trabalhadores Dispensados do Congresso c. Peru*, de 2006, o instituto consolida-se, pois não mais se usa a expressão um certo controle de convencionalidade, além de se afirmar que esse deve ser feito de ofício¹⁷⁹³. O controle de convencionalidade seria paralelo ao controle de constitucionalidade.

1790 Sobre o tema é importante citar a seguinte explicação doutrinária: *Dès lors, le droit international se contende d'affirmer sa supériorité à l'égard du droit interne et il laisse aux Etats le libre choix des moyens pour assurer la mise en oeuvre concrète de ce principe cardinal: ainsé seront les Etats qui, en tant que souverains possédant une juridiction pleine et absolue, auront la charge d'assurer concrètement dans leur ordre juridique propre la suprématie du droit international. Dans ce conditions, si les Etats ne prennent pas les mesures nécessaires qui viendraient à s'imposer pour assurer l'application du droit international dans leur ordre interne, il y aura là matière à engager leur responsabilité internationale. (...) Il est d'ailleurs frappant de noter que la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 suit la même approche. Si, en effet, l'article 26 pose le principe du respect obligatoire des traités – la règle pacta sunt servanda – et si l'article 27 pose celui de la supériorité du droit international sur le droit interne, aucune disposition ne vient préciser les modalités d'application des traités dans l'ordre juridique national. Conséquentemente, o direito internacional limita-se a afirmar sua superioridade em relação ao direito interno e deixa aos Estados a livre escolha de meios para garantir a implementação concreta desse princípio fundamental: assim serão os Estados que, como soberanos, com jurisdição plena e absoluta, terão a tarefa de garantir concretamente, em sua própria ordem jurídica, a supremacia do direito internacional. Nessa condição, se os Estados não tomarem as medidas necessárias que se imporiam para garantir a aplicação do direito internacional em sua ordem interna, haverá aqui matéria para se comprometer com sua responsabilidade internacional. (...) Além disso, é surpreendente notar que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 segue a mesma abordagem. Se, de fato, o artigo 26 estabelece o princípio do cumprimento obrigatório de tratados - a regra pacta sunt servanda - e se o artigo 27 estabelece a superioridade do direito internacional sobre o direito interno, nenhuma disposição específica os detalhes para a aplicação de tratados na ordem jurídica nacional. [tradução livre da autora] (CARREAU, 2018, p. 546-7)*

1791 *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de novembro de 2003, Série C No. 101, §§26 e 27.

1792 *Almonacid Arellano e outros c. Chile*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 setembro de 2006, Séries C No. 154, § 124.

1793 *Trabalhadores Dispensados do Congresso (Aguado Alfaro e outros) c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2006, Série C No. 174, § 124.

Acrescidos a esses requisitos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos esclarece que são competentes para realizar o controle de convencionalidade todos os órgãos vinculados à administração da justiça no caso *Cabrera García e Montiel Flores c. México*, de 2010¹⁷⁹⁴, o que é pertinente, uma vez que nem todas as cortes supremas integram o poder judiciário. No caso *Gelman c. Uruguai*, de 2011, a Corte amplia ainda mais os sujeitos hábeis a realizar o controle de convencionalidade, afirmando que poderia ser qualquer autoridade pública¹⁷⁹⁵. Para complementar, no caso *Liakat Ali Alibux c. Suriname*, de 2014, estabelece-se que não há nenhum modelo de controle de convencionalidade¹⁷⁹⁶, podendo, pois, ser feito na forma difusa ou concentrada a depender das leis do Estado membro.

Dentre todos os casos que integram a teoria do controle de convencionalidade, o mais significativo para o direito do trabalho é o *Comunidade Garífuna de Punta Piedra c. Honduras*, de 2015, no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos esclarece que padrões internacionais devem ser considerados para a realização do controle normativo. Logo, não apenas os tratados do sistema regional americano seriam hábeis a atuar como normas controlantes, mas também outros instrumentos internacionais. O padrão internacional citado no caso em comento era justamente uma norma da OIT, mais especificamente a Convenção 169 da OIT. Isso revela claramente que, no plano doméstico, os juízes internos podem realizar o controle de convencionalidade de normas da OIT, pois a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos já o fez.

Ao esclarecer que normas da OIT conferem ou não validade a normas do plano doméstico, o que é o escopo do controle de convencionalidade, a Corte Interamericana promove a proteção de direitos sociais. Em um nível mais avançado e polêmico, com base no caso *Lagos Del Campo c. Peru*, de 2017, pode-se dizer que mesmo convenções não ratificadas e recomendações da OIT poderiam ser parâmetro de controle de convencionalidade com base no Tratado Constitutivo da OIT que demanda um crescente esforço para que os Estados membros tornem adequada a legislação interna às normas da organização. De certo modo, o caráter principiológico das normas da OIT e sua renovada forma declaratória de direitos sociais, na linha *soft law*, desde a Declaração de Filadélfia até a Declaração do Centenário da OIT, de 2019, autoriza interpretações *pro homine* em matéria de direitos humanos laborais, o que traz reforços argumentativos importantes aos julgados de diversas cortes internacionais, entre elas, a Corte Interamericana, como se pode verificar. Sublinha-se que recente Declaração do Centenário da OIT apresenta a maturidade necessária para apresentar ao mundo do trabalho um patamar civilizatório mínimo já presente na Declaração de Filadélfia e na Constituição

1794 *Cabrera García e Montiel Flores c. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C No. 220, § 225.

1795 *Gelman c. Uruguai*, Mérito e Reparações, Sentença de 24 fevereiro 2011, Series C No. 222 51, § 239.

1796 *Liakat Ali Alibux c. Suriname*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 30 de janeiro de 2014, Série C No. 276, § 124.

da OIT, atualizada. Este instrumento (Declaração do Centenário) reforça a necessidade do trabalho decente e padrões dignos, que são de conteúdo civilizatório mínimo para o futuro do trabalho, a ponto de ser adotado pela ONU, em forma de resolução¹⁷⁹⁷ (OIT, 2019).

Do que se observa dos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, fundamentados sobre normas internacionais do trabalho, é que as normas mencionadas são, via de regra, as que demonstram um especial apreço sobre a liberdade e ausência de trabalho escravo, normas consideradas em 1998, na Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, como normas de direitos humanos. Deste modo, a hermenêutica aplicada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para julgar casos envolvendo violações de direitos humanos laborais é a universalista, ampla e encontrada nas inúmeras declarações e instrumentos. Neste ponto, pela convergência de proteção dos direitos humanos, pode-se dizer que as normas da OIT são normas aptas a exercer, em concreto, o papel de normas controlantes. Isto significa que estão aptas a servir para o controle de convencionalidade de normas domésticas e apontar um vetor de interpretação em matéria de direitos humanos laborais, para os Estados que, ao mesmo tempo, participam do sistema interamericano e da OIT. Além disso, a aplicação das normas da OIT pela Corte Interamericana estabelecem e reforçam o costume internacional, de forte cunho principiológico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção dos direitos sociais, em especial, do direito do trabalho no âmbito do sistema regional americano é paulatina, mas crescente. A Corte Interamericana de Direitos Humanos demonstra esforço contínuo para que a tutela dos mencionados direitos seja fortalecida. A via indireta de proteção em que se protege, formalmente, direitos civis e políticos para, de fato, tutelar direitos sociais é o início de um avanço. O caso *Trabajadores Dispensados do Congreso c. Peru*, de 2006, revela que é possível tutelar direitos trabalhistas sem citar normas da OIT. No entanto, ao assim fazê-lo, sente-se a omissão da menção da Convenção 158 da OIT sobre a motivação da dispensa, por exemplo. Em outros casos, a Corte passa a expressamente citar normas da OIT para fundamentar seus julgados. Ainda assim, não deixa de citar os artigos da Convenção Americana, tratado de direitos humanos civis e políticos. Há uma interação e complementaridade entre instrumentos que tratam de direitos civis e políticos e de direitos sociais.

Como se tem mencionado em termos de direitos humanos, há uma atuação em sinergia de toda a rede normativa, o que justifica a aplicação de instrumentos cogentes da OIT, tanto de cunho de *hard law* (ratificados pelos Estados) como de cunho de

1797

soft law (como são as declarações, entre elas a recente Declaração do Centenário) para fundamentação de decisões judiciais e políticas a nível de organizações internacional.

No presente trabalho, também foi possível perceber que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem se preocupado com a proteção do trabalhador, o que é revelado pela crescente aplicação de normas da OIT. No caso *Baena Ricardo c. Panamá*, de 2001, a Corte reconheceu a violação ao direito de associação dos trabalhadores pela dispensa de dirigentes sindicais, citando artigos de tratados do sistema regional de proteção e as Convenções 87 e 98 da OIT, normas que integram o núcleo duro do direito internacional do trabalho desde o final da década de 1990. No caso *Comunidade Garífuna de Punta Piedra c. Honduras*, de 2015, a Corte estabelece que um dos critérios do controle de convencionalidade são os padrões internacionais e não apenas os tratados do sistema regional americano. É emblemático e auspicioso para a tutela dos direitos sociais que o citado padrão internacional seja a Convenção 169 da OIT.

Em 2016, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julga o caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, aplicando ao menos três convenções da OIT integrantes dos princípios fundamentais da organização. O julgado, já conhecido por elevar as normas internacionais sobre escravidão como *jus cogens*, também se mostra importante exemplo de utilização de normas da OIT na seara do sistema regional americano de proteção de direitos humanos.

Para completar, em 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julga o caso *Lagos Del Campo c. Peru*, muito conhecido por dar efetividade ao artigo 26 da Convenção Americana, mas que também deve ser visto como o julgado em que a Corte mostrou ainda mais a sua interação com a OIT ao exigir que um membro da citada organização observasse padrões de convenções por ele não ratificadas e inclusive de uma recomendação.

Normas da OIT, como padrões internacionais, são hábeis a serem normas controlantes de validade de normas internas, conforme caso *Comunidade Garífuna de Punta Piedra c. Honduras*, de 2015. Ao possibilitar a aplicação do controle de convencionalidade com base em normas da OIT, a Corte Interamericana de Direitos Humanos promove o direito internacional do trabalho e a proteção dos direitos sociais. O controle de convencionalidade desenvolvido pelo sistema regional americano de direitos humanos é original pelo fato de desafiar a tradição de se delegar ao direito interno a hierarquia das normas.

Ao exigir que os juízes domésticos dos Estados membros apliquem o direito internacional público preferencialmente, o instituto acaba por modificar a hierarquia das normas definida internamente. Assim, se tratados internacionais de direitos sociais são padrões a serem observados pelos Estados membros do sistema americano de proteção, estão acima das leis domésticas sobre o mesmo tema. Logo, o controle de convenciona-

lidade é instituto muito promissor, pois se demanda que os juízes internos conheçam o direito internacional e apliquem-no em detrimento das normas domésticas que lhes sejam contrárias.

Sinale-se que, por ocasião do Centenário da OIT, a Organização Internacional do Trabalho insiste na necessidade de suas convenções específicas e declara que o mundo do trabalho deve estar centrado no ser humano, reforçando, em momento de tecnologias que alteram a configuração do trabalho humano, sua declaração de que o trabalho não é uma mercadoria. Não basta, no entanto, manter apenas um controle normativo baseado no cumprimento espontâneo das normas, como fazem os comitês e as comissões vinculadas à OIT. É necessário que, para a maior efetividade dos tratados, que os tribunais internacionais da seara regional e universal adotem as citadas normas e sancionem o não cumprimento, como tem exemplarmente feito a Corte Interamericana.

Em suma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem apreço pelos direitos sociais, promovendo-os crescentemente no âmbito do sistema americano regional pela via indireta de proteção e de interdependência com os direitos civis e políticos, pela aplicação direta de normas da OIT em seus julgados e pela consideração das mesmas normas como parâmetros de validade no controle de convencionalidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos está totalmente em compasso com a sinergia necessária com outras esferas de organizações internacionais, entre elas a OIT, no sentido de reforçar a proteção dos direitos humanos, especialmente, os direitos humanos sociais do trabalho.

BIBLIOGRAFIA

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Declaração do Centenário da OIT de 2019. In: FLORES, Alfredo de Jesus Dal Molin; OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. *Trabalho: perspectivas históricas e desafios atuais*, Erechim: Deviant, 2019. p. 57-71.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos Humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BROWLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CALDAS, Roberto de Figueiredo. O controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade no Brasil. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, a. XIX, p. 393-415, 2013. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/4045/3549>>. Acesso em: 08 de ago. 2018.

CARREAU, Dominique; MARRELLA, Fabrizio. *Droit International*. 12. ed. Paris: Pedone, 2018.

CASSESE, Antonio. *International Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. n. 7: Control de Convencionalidad. San José, 2017. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain Pellet. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

FAGUNDES, Bárbara. *Controle de convencionalidade e normas da OIT: o caso da Convenção 132 da OIT no Brasil*, de Bárbara Fagundes, dissertação sob orientação da Profa. Dra. Luciane Cardoso Barzotto, UFRGS. Porto Alegre: 2020.

FAGUNDES, Bárbara. Teoria do controle de convencionalidade e seu uso no direito do trabalho. *Revista da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 225-245, jan./jun. 2019.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Direito internacional do trabalho: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil*. São Paulo: LTr, 2016. p. 15-23.

GARCIA RAMÍREZ, Sergio. *Control de Convencionalidad*. *Ciencia Jurídica*, Guanajuato, v. 5, n. 9, p. 133-138, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/182/172>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

JO, Hee Moon. *Introdução do direito internacional*. São Paulo: LTr, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARI-NONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 3-56.

MONTEJO, Miguel Francisco Canessa. *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Valencia: PUV, 2008.

OIT, Documento final del centenario de la OIT. Genebra, 2019. Disponível em: <https://sinait.org.br/docs/declaracao_do_centenario_oit.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2019.

Notícia: Assembleia Geral da ONU endossa Declaração do Centenário da OIT sobre o Futuro do Trabalho <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_719275/lang-pt/index.htm> Acesso em: em 6/10/2019.

Monitoring Compliance with international labour standards. Genebra, 2019. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_730866.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

TONIAL, Maira Angélica; PIUCCO, Micheli. Controle de convencionalidade das leis: o Caso Lagos Del Campo e seus reflexos na Reforma Trabalhista brasileira. *Revista da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 15-39, jan./jun. 2019.

TORELLY, Marcelo. *Governança Transversal dos Direitos Fundamentais: Experiências Latino-Americanas*. 2016. 300f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20918/1/2016_MarceloDalmisTorelly.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

MIGRAÇÕES E REFÚGIO À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

André de Carvalho Ramos

RESUMO: O artigo tem como objetivo analisar os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos dos indivíduos em situação de mobilidade internacional. O foco da análise será o estudo dos julgados contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que esses precedentes consolidam a interpretação internacionalista dos direitos previstos na Convenção, evitando interpretações nacionais que venham a violar direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos, mobilidade internacional, migrações, refúgio, refugiados, apatridia, Direito Internacional, Convenção Americana de Direitos Humanos.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os direitos envolvidos na situação de mobilidade internacional. 2. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a mobilidade humana. 2.1 Aspectos gerais. 2.2 A importância dos processos internacionais de direitos humanos. 3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e seus precedentes transformadores. 4. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na temática da mobilidade internacional humana. 4.1 A importância do estudo da jurisprudência da Corte IDH: o controle de convencionalidade de matriz internacional. 4.2 Os principais precedentes e opiniões consultivas. 4.2.1. Opinião Consultiva n. 16/99. 4.2.2 Opinião Consultiva n. 18/03. 4.2.3 Caso *Tibi c. Equador*. 4.2.4 Caso *Acosta Calderón c. Equador*. 4.2.5 Caso das *Crianças Niñas Yean e Bosico c. República Dominicana*. 4.2.6 Caso *Vélez Loor c. Panamá*. 4.2.7 Caso *Nadege Dorzema e outros c. República Dominicana*. 4.2.8 Caso *Família Pacheco Tineo c. Bolívia*. 4.2.9 Opinião Consultiva n. 21/14. 4.2.10 *Pessoas dominicanas e haitianas expulsas c. Rep. Dominicana*. 4.2. 11 Caso *Wong Ho Wing c. Peru*. 5. Perspectivas: o “Diálogo das Cortes” e a teoria do duplo controle. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional da Mobilidade Humana consiste no conjunto de normas internacionais que regula os direitos dos indivíduos em (i) situação de deslocamento transfronteiriço ou (ii) em permanência, temporária ou definitiva, em Estado em relação ao qual não possuem nacionalidade.

Abarca as regras gerais que incidem sobre todos os migrantes¹⁷⁹⁸, tanto os imigrantes (nacionais de outros Estados ou apátridas) quanto os emigrantes (nacionais que

1798 Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o termo “migrante” é um termo genérico que abarca tanto o emigrante quanto o imigrante. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva n. 18/03 sobre a condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados, de 17-09-2003, parágrafo 69.

deixam o território de um Estado para outro), bem como regras especiais sobre apatridia e refúgio e outras formas de acolhimento de pessoas.

No plano doméstico, a mobilidade humana também é regulada por meio de normas locais que disciplinam a entrada, permanência e saída dos estrangeiros¹⁷⁹⁹. No Brasil, o diploma nacional que trata da mobilidade humana internacional é a Lei n. 13.445/17, que revogou a vetusta Lei n. 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro). Importante mencionar que a Lei n. 13.445/17 tem expressamente, na sua epígrafe, a menção à “Lei de Migração”, substituindo também no seu texto, ao menos parcialmente, a menção ao termo “estrangeiro”.

O eixo central da nova lei é a *proteção de direitos humanos na temática das migrações*, intuída já na escolha da epígrafe: trata-se de uma lei de migração, aplicando-se ao migrante que vive no Brasil e, também, ao brasileiro que vive no exterior. O reconhecimento da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos como princípio de regência da política migratória brasileira (art. 3º, I da Lei) é decorrência da proteção da dignidade humana, vetor axiológico da Constituição (art. 1º, III) e dos tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil.

Ao contrário do revogado Estatuto do Estrangeiro (adotado na ditadura militar e inspirado na doutrina de segurança nacional), a nova lei é fruto da constatação de que negar direitos, gerar entraves burocráticos na regularização migratória, atuar com xenofobia, arbítrio e sem coerência, são condutas que *não* reduzem o deslocamento de pessoas, mas apenas degradam as condições de vida do migrante, bem como prejudicam empresas, trabalhadores e a sociedade em geral.

Contudo, não basta a adoção de uma nova lei. A interpretação dos direitos dos migrantes deve ser compatível com a proteção de direitos humanos, evitando que a prática continue se consubstanciando em uma rotina de exclusões e falta de políticas públicas.

Por isso, é importante o “olhar internacionalista” de direitos humanos, para que se utilize o conjunto de precedentes internacionais sobre mobilidade internacional humana que promove a dignidade humana e assegura direitos.

Para tanto, destaca-se a importância do estudo da Convenção Americana de Direitos Humanos e dos julgados de seu órgão de interpretação, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tanto no exercício de sua jurisdição contenciosa quanto consultiva.

O presente artigo tem como objetivo analisar os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos dos indivíduos em situação de mobilidade internacional. O foco da análise será o estudo dos julgados contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que esses precedentes consolidam a

¹⁷⁹⁹ Sobre a temática da mobilidade internacional à luz dos direitos humanos, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 7a ed., São Paulo: Saraiva, 2020, pp. 1001-1023.

interpretação internacionalista dos direitos previstos na Convenção, evitando interpretações nacionais distorcidas e excludentes.

1. OS DIREITOS ENVOLVIDOS NA SITUAÇÃO DE MOBILIDADE INTERNACIONAL

Além da aplicação geral da proteção de direitos humanos a todas e todos, os indivíduos em situação de mobilidade recaem em previsões específicas da gramática de direitos. O marco dessa atenção internacional a pessoas em *situação de mobilidade* é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que estipula que “[t]oda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país” (art. XIII, numeral 2), bem como prevê que “[t]oda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países” (art. XIV, numeral 1).

Esse “direito de saída e reingresso” e ainda o “direito ao asilo em sentido amplo” consagram a mobilidade internacional, cada vez mais presente na era da globalização. Não se trata da consagração do “jus communicationis”, tese doutrinária defendida por Francisco de Vitória no séc. XV¹⁸⁰⁰, pela qual os indivíduos teriam direito à emigração e à imigração em uma verdadeira circulação mundial. Na atualidade, o Direito Internacional da Mobilidade Humana não assegura, em geral, o direito de ingresso em qualquer país do mundo, somente o (i) direito de sair, (ii) o direito de reingresso ao Estado de nacionalidade e (iii) o direito de buscar asilo.

A exceção a essa regra encontra-se no Direito Internacional dos Refugiados, que obriga – em geral – os Estados a acolher o solicitante de refúgio até (i) a definição de sua situação jurídica de refugiado, zelando, mesmo que não seja considerado um refugiado, (ii) que não seja devolvido a um Estado no qual sua vida, liberdade ou integridade pessoal esteja em risco por motivo odioso (em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas).

Quanto a diplomas jurídicos internacionais específicos, a mobilidade internacional foi tratada pela Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (1990), que enfrentou a discriminação e a ofensa a direitos básicos dos trabalhadores migrantes em Estados de acolhida, em virtude da vulnerabilidade gerada pelo tipo de migração (em geral indocumentada) e pelas diferenças socioculturais eventualmente existentes. Essa convenção não foi ainda ratificada pelo Brasil.

Quanto a diplomas internacionais gerais (não específicos), os direitos previstos nos tratados de direitos humanos já celebrados pelo país são passíveis de serem invo-

1800 Sobre o “jus communicationis” de Francisco de Vitoria (1480-1546) aplicado à mobilidade internacional humana contemporânea, ver VEDOVATO, Luís Renato. *Direito de ingresso do estrangeiro: a circulação das pessoas pelo mundo no cenário globalizado*. Livro digital. São Paulo: Atlas, 2013, p. 59.

cados pelos migrantes, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, todos já ratificados pelo Brasil.

Exemplos dessa interpretação de diplomas gerais para abarcar as situações de mobilidade internacional de pessoas são encontrados na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁸⁰¹ e na Corte Europeia de Direitos Humanos em julgamentos envolvendo, respectivamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos e Convenção Europeia de Direitos Humanos¹⁸⁰².

Dessa maneira, em que pese não ser um tratado específico sobre mobilidade internacional humana, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos possibilita, graças à interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma mirada sobre o conteúdo - *in concreto* - de diversos direitos envolvendo indivíduos em situação de mobilidade internacional, abordando temas como refúgio, assistência consular, extradição, criminalização da situação de indocumentado, entre outros, como se verá abaixo.

2. A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E A MOBILIDADE HUMANA

2.1 ASPECTOS GERAIS

Em 1967, o Protocolo de Buenos Aires modificou a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), determinando, na nova redação dada do artigo 112, a edição de uma “convenção interamericana sobre direitos humanos”.

Dois anos depois, foi realizada a Conferência Interamericana Especializada sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, de 7 a 22 de novembro de 1969, que adotou o texto da “Convenção Americana sobre Direitos Humanos”¹⁸⁰³.

Na época, diversos Estados latino-americanos eram governados por ditaduras militares, o que explica as dificuldades iniciais para a Convenção (também chamada de “Pacto de San José”) viesse a obter o número mínimo de ratificações para a sua entrada em vigor (11 ratificações, em um momento que a OEA possuía somente 24 Estados partes). Por isso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos só entrou em vigor internacionalmente quase uma década depois, em 18 de julho de 1978, após a ratificação do Peru.

1801 Ver abaixo.

1802 Ver, entre outros, Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Amuur c. França*, sentença de 25 de junho de 1996, par. 42.

1803 Usualmente denominada “Convenção Americana de Direitos Humanos”. Em minhas obras, utilizo ambas as denominações.

Em 2020, a Convenção conta com 23 Estados contratantes, entre os 35 Estados membros da OEA¹⁸⁰⁴. A Convenção contém 82 artigos, divididos em três partes e em 11 capítulos. A Parte I diz respeito às categorias de direitos e deveres. O Capítulo I enumera os deveres dos Estados (artigos 1º e 2º), dispondo seu artigo 1.1 que o Estado parte deve *zelar pelo respeito* dos direitos humanos reconhecidos e *garantir* o seu exercício por parte de toda pessoa que é sujeita à jurisdição estatal. O artigo 2º é complementar e exige que os Estados adotem, de acordo com as suas normas internas e demais disposições da Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos todos os direitos protegidos. Surgem, então, as obrigações de *respeito* e *garantia* dos direitos humanos contraídas pelos Estados partes, bem como o dever de adotar medidas internas de implementação da proteção determinada pelo texto convencional.

O mecanismo de supervisão e controle estabelecido pela CADH conta com dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Contudo, a jurisdição obrigatória contenciosa da Corte exige que o Estado parte faça uma declaração facultativa: atualmente, 20 dos 23 Estados partes fizeram tal declaração¹⁸⁰⁵.

O Brasil, em plena ditadura militar, não assinou a Convenção na data de sua elaboração, tendo aderido à Convenção em 9 de julho de 1992 e depositado a carta de adesão em 25 de setembro de 1992. Internamente, a Convenção foi promulgada por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro do mesmo ano. O ato multilateral entrou em vigor para o Brasil em 25 de setembro de 1992, data do depósito de seu instrumento de ratificação (art. 74, § 2º).

Em 1998, o Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Decreto Legislativo n. 89/98 aprovou tal reconhecimento em 3 de dezembro de 1998. Por meio de nota transmitida ao Secretário-Geral da OEA no dia 10 de dezembro de 1998, o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte. Curiosamente, o Poder Executivo editou o Decreto n. 4.463 somente em 8 de novembro de 2002, promulgando o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana no território nacional quase quatro anos após o reconhecimento internacional.

1804 Não são partes da Convenção, até o momento, os seguintes países: Antígua e Barbuda, Bahamas, Belize, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Guiana, São Cristóvão e Névis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Trinidad e Tobago (foi parte de 1991 a 1998), Venezuela (foi parte de 1977 a 2012).

1805 São os seguintes 20 Estados Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos que reconhecem a jurisdição contenciosa obrigatória da Corte IDH: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai. Apesar de terem ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos, não reconheceram a jurisdição contenciosa da Corte IDH os seguintes Estados: Dominica, Granada e Jamaica.

2.2 A IMPORTÂNCIA DOS PROCESSOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Não basta a adoção da *mesma redação* de um determinado direito por dezenas de países que ratificaram um tratado para que os direitos humanos sejam respeitados. É necessário que tenhamos também uma *mesma interpretação* desse texto na sua aplicação cotidiana nas sociedades nacionais.

Ou seja, é necessário que exista um mecanismo internacional que averigue como o Estado *interpreta e implementa* o texto internacionalmente adotado. Por isso, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é composto por duas partes indissociáveis: (i) o rol de direitos de um lado e (ii) os processos internacionais que interpretam o conteúdo desses direitos e zelam para que os Estados cumpram suas obrigações. Contudo, os Estados - entre eles o Brasil - preferem, em várias situações, manter uma *interpretação nacional* de textos internacionais, o que torna o regime jurídico dos direitos humanos internacionais incoerente: *universal* no texto, mas *nacional* na aplicação e interpretação de suas normas na vida cotidiana.

Essa dicotomia (universalismo na ratificação *versus* localismo na aplicação) representa o velho “truque de ilusionista” do plano internacional: os Estados ratificam tratados, descumprem-nos cabalmente, mas *alegam* que os estão cumprindo, de acordo com a ótica nacional¹⁸⁰⁶. Aplicado o truque de ilusionista aos direitos humanos, veremos os Estados afirmarem que “respeitam” determinado direito humano, mesmo que sua interpretação seja *peculiar* e em cabal contradição com a interpretação dos órgãos internacionais.

Nos dias de hoje, esse truque de ilusionista não engana. Não é mais suficiente assinalar, formalmente, os direitos previstos no Direito Internacional, registrar, com júbilo, seu estatuto normativo de cunho constitucional ou supralegal e, contraditoriamente, interpretar os direitos ao talante nacional.

Esse esquema tradicional de aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos *não é mais adequado* para levarmos o universalismo dos direitos humanos a sério. É necessário que avancemos na *aceitação da interpretação* do conteúdo e alcance de tais direitos pelo próprio Direito Internacional.

No caso brasileiro, não é mais possível evitar a interpretação internacionalista, pois aderimos a vários mecanismos coletivos de apuração de violação de direitos humanos, como, por exemplo, o da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não cabe mais, então, interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos *sob uma ótica nacional, criando-se uma esdrúxula “Convenção Americana de Direitos Humanos brasileira”* e desprezando a interpretação que lhe é dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1806 CARVALHO RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 354.

Nesse ponto, deve-se valorizar a atividade de ponderação de direitos que é desenvolvida, sem maiores traumas, pelos órgãos internacionais judiciais ou quase judiciais de direitos humanos, que são os intérpretes autênticos desses textos de cunho internacional. Importante mencionar que a interpretação internacionalista é a única que assegura a universalidade dos direitos humanos prometida no momento da ratificação dos tratados pelos Estados. De fato, de nada adiantaria advogar a adesão formal brasileira a tais tratados e, ao mesmo tempo, permitir que a *interpretação* desses tratados seja realizada por órgãos nacionais. O universalismo dos direitos humanos fatalmente seria perdido e teríamos novamente os direitos humanos *locais*, a depender da proteção nacional, em idêntica situação ao que existia antes da Segunda Guerra Mundial.

Deve-se recordar que os direitos humanos desenvolveram-se no plano internacional para fornecer proteção adicional ao indivíduo na falha do Estado. Por isso, as garantias internacionais possibilitam o acesso do indivíduo a órgãos internacionais, após terem sido esgotados os recursos internos. A jurisdição internacional é subsidiária, porém sua existência fornece uma última esperança aos que foram ignorados no plano interno.

Os Estados - mesmo os democráticos - ficam obrigados a garantir direitos básicos a todos sob sua jurisdição, nacionais ou migrantes, mesmo *contra* a vontade das maiorias e paixões de momento. A própria exigência de esgotamento dos recursos internos é fator que maximiza a faceta de proteção de vulneráveis: em geral, a cúpula do Poder Judiciário de um país representa a maioria hegemônica, como se vê, simbolicamente, no ritual de aprovação de *todos* os membros dos Tribunais Superiores no Brasil graças ao voto da *maioria absoluta* do Senado Federal e após indicação por parte do Presidente da República, este também eleito pela maioria absoluta de votos (em dois turnos, se necessário). No mais, os Poderes Legislativo e Executivo também são formados, nos Estados Democráticos como o Brasil, à sombra do princípio da prevalência da vontade da maioria.

Indiretamente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é essencialmente *contramajoritário*, pois as maiorias em geral são bem-sucedidas no processo político e auferem a proteção pretendida. Não necessitam e não procuram, em regra, a jurisdição internacional¹⁸⁰⁷.

Essa será acionada justamente pelos grupos vulneráveis, que não logram êxito no plano doméstico, tendo sido eventualmente derrotados também na jurisdição constitucional que deve zelar pelo respeito aos direitos previstos nas Constituições. Assim, as minorias (grupos não hegemônicos, mesmo que numericamente superiores) têm dificuldade de fazer valer seus pontos de vista nas arenas política e judicial internas, exigindo uma alavanca: a proteção internacional dos direitos humanos.

1807 CARVALHO RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 182.

A qualidade contramajoritária dos direitos humanos internacionais revela-se na promoção de novas interpretações de direitos, em busca de tolerância e emancipação, em especial contra posições tradicionais (com viés cultural, social ou mesmo religioso) das maiorias.

Em um momento de pandemia do COVID-19 e com o aumento da xenofobia, com fechamento de fronteiras, torna-se essencial a existência da interpretação internacionalista para evitar o rechaço e a violação de direitos dos migrantes.

3. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SEUS PRECEDENTES TRANSFORMADORES.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), é uma *instituição judicial autônoma*, não sendo órgão da OEA, mas sim da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Possui jurisdição contenciosa e consultiva (pode emitir pareceres ou opiniões consultivas, não vinculantes). *Não é obrigatório* o reconhecimento de sua jurisdição contenciosa: o Estado pode ratificar a Convenção Americana e não reconhecer a jurisdição contenciosa da Corte IDH, pois tal reconhecimento é cláusula facultativa da Convenção. O Estado deve reconhecer a jurisdição contenciosa por declaração específica para todo e qualquer caso (art. 62 da Convenção) ou mesmo para somente um caso específico.

A Corte IDH pode emitir pareceres consultivos (também chamados de *opiniões consultivas*), sobre a (i) interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos (mesmo os tratados universais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos etc.) e sobre a (ii) compatibilidade entre qualquer lei interna e os mencionados instrumentos internacionais.

A via judiciária no sistema interamericano é complexa, envolvendo processos internacionais de direitos humanos que resultam em recomendações e também em deliberações vinculantes¹⁸⁰⁸. No tocante aos órgãos, há a atuação essencial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) e da Corte IDH, com base na Convenção Americana de Direitos Humanos. O cenário tradicional da via judiciária no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos é realizado pela vítima ou seus representantes por meio de uma petição à Comissão IDH, na qual (i) se demonstra - grosso modo - o esgotamento prévio dos recursos internos (ou sua dispensa) e (ii) se exige reparação à violação de direitos humanos retratada. Após regular trâmite, com ampla defesa e contraditório, e caso não haja uma solução amistosa entre a vítima e o Estado, a Comissão IDH delibera (o chamado Primeiro Informe) e, caso assim entenda (pode considerar a

¹⁸⁰⁸ Ver a classificação dos processos internacionais de direitos humanos em CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p.34 e seguintes

demanda inadmissível ou improcedente), exige a devida reparação. Na hipótese de o Estado infrator não realizar integralmente a reparação devida, e caso tenha o mesmo Estado reconhecido a jurisdição obrigatória contenciosa da Corte IDH, a Comissão adjudica o caso à Corte. Atualmente, 23 Estados das Américas ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos e 20 (entre eles, o Brasil) reconheceram a jurisdição da Corte IDH. O trâmite perante a Corte ainda envolve papel maiúsculo das vítimas e seus representantes e, ao final, pode a Corte condenar o Estado réu a prestar obrigações de dar (fixando indenizações, por exemplo), fazer ou não fazer (determinando soltura de presos, alteração de norma legal ou até mesmo constitucional, entre outras reparações)¹⁸⁰⁹.

A via judiciária é valiosa tanto pela realização da reparação à vítima em um caso específico, quanto pela contribuição à modificação de condutas internas graças à formação de precedentes (verdadeiros “precedentes transformadores”), que passam a guiar a interpretação e a aplicação das normas internacionais de direitos humanos pelo sistema de justiça nacional ou mesmo para provocar alterações legislativas ou administrativas, servindo de fundamento para deliberações estatais em casos futuros.

4. A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA TEMÁTICA DA MOBILIDADE INTERNACIONAL HUMANA.

4.1 A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH: O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DE MATRIZ INTERNACIONAL

O controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais). Há duas subcategorias: (i) o controle de convencionalidade de matriz internacional, também denominado controle de convencionalidade autêntico ou definitivo; e (ii) o controle de convencionalidade de matriz nacional, também denominado provisório ou preliminar.

O controle de convencionalidade de matriz internacional é atribuído a órgãos internacionais, compostos por julgadores independentes, criados por normas internacionais, para evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, *fiscais e fiscalizados*, criando a indesejável figura do *judex in causa sua*. Na seara dos direitos humanos, exercitam o controle de convencionalidade internacional os tribunais internacionais de direitos humanos (Corte Europeia, Interamericana e Africana), os comitês onusianos, entre outros.

¹⁸⁰⁹ Foge ao escopo do presente artigo o desenvolvimento dos detalhes do trâmite de uma petição individual tanto na Comissão quanto na Corte. Para tanto, remeto o leitor à obra específica. CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 228-285.

Há ainda o controle de convencionalidade de matriz *nacional*, que vem a ser o exame feito pelos Tribunais internos da compatibilidade do ordenamento interno em face de normas internacionais. Esse controle nacional foi consagrado na França, em 1975 (decisão sobre a lei de interrupção voluntária da gravidez), quando o Conselho Constitucional, tendo em vista o artigo 55 da Constituição francesa sobre o estatuto supralegal dos tratados, decidiu que não lhe cabia a análise da compatibilidade de lei com tratado internacional. Essa missão deve ser efetuada pelos juízos ordinários, sob o controle da Corte de Cassação e do Conselho de Estado¹⁸¹⁰.

Por isso, o chamado controle de convencionalidade de matriz nacional é, na realidade, um controle *nacional* de *legalidade*, *supralegalidade* ou *constitucionalidade*, a depender do estatuto dado aos tratados incorporados. O autêntico controle de convencionalidade de tratado internacional é aquele realizado no plano *internacional*. O controle dito nacional nem sempre resulta em preservação dos comandos interpretados das normas paramétricas contidas nos tratados. Isso desvaloriza a própria ideia de primazia dos tratados, implícita na afirmação da existência de um controle de *convencionalidade*.

O controle de convencionalidade de matriz internacional é fruto da ação do intérprete autêntico – os órgãos internacionais. Exemplo disso é a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) a favor da compatibilidade da Lei da Anistia brasileira (Lei n. 6.683/79) com a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁸¹¹, que não vinculou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, após, condenou o Brasil no Caso Gomes Lund¹⁸¹². A Corte de San José, então, faz o controle de convencionalidade autêntico, que pode coincidir ou não com a posição nacional.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Almonacid Arellano e outro v. Chile*, em 2006¹⁸¹³, decidiu que incumbe ao Poder Judiciário de cada Estado exercer um controle de convencionalidade das normas internas quando de sua aplicação interna. Não cabe ao Estado realizar o controle de convencionalidade de matriz nacional de modo livre e desvinculado dos precedentes internacionais: deve, ainda, seguir a interpretação internacionalista adotada pela Corte IDH em seus casos contenciosos e consultivos.

1810 Tratou-se da "Décision n° 74-54 DC", de 15 de janeiro de 1975, do Conselho Constitucional francês sobre lei de interrupção voluntária da gravidez, na qual se estabeleceu a superioridade dos tratados sobre as leis na França (art. 55 da Constituição francesa), remetendo a temática (convencionalidade ou inconvencionalidade) aos juízos inferiores. Disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm>. Acesso em 20-5-2020.

1811 Ver especialmente o voto do Ministro Celso de Mello, que abordou especificamente a ausência de violação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Supremo Tribunal Federal, ADPF 153, rel. min. Eros Grau, j. 29-4-2010, Pleno, DJE de 6-8-2010. Ver comentários aos votos dos Ministros em CARVALHO RAMOS, André de. "Crimes da ditadura militar: a ADPF n. 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos", in GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). *Crimes da ditadura militar: sua análise à luz da jurisprudência interamericana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 174-225.

1812 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Gomes Lund e outros c. Brasil*, julgamento de 24-11-2010.

1813 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Almonacid Arellano v. Chile*, julgamento de 26 de setembro de 2006, parágrafo 124, em especial. Ressalte-se a menção anterior ao "controle de convencionalidade", em 2003, em voto concorrente do Juiz Sérgio Ramírez no Caso Myrna Mack Chang. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, julgamento de 25 de novembro de 2003.

Na jurisdição contenciosa, a Corte IDH entende que suas decisões em tais casos têm efeito *erga omnes*, pelo simples fato de um determinado Estado ser parte da CADH. Com isso, mesmo em casos nos quais o Brasil não seja o réu, as autoridades nacionais devem seguir a interpretação internacionalista adotada pela Corte na sua jurisprudência consultiva ou contenciosa¹⁸¹⁴.

Na jurisdição consultiva, em que pese a ausência de força vinculante de tais opiniões consultivas, o Estado parte da Convenção Americana de Direitos Humanos deve segui-las justamente para evitar responsabilização internacional futura como se fosse “coisa julgada interpretada”.

Nesse sentido, a Opinião Consultiva nº 21/2014 estabeleceu que os órgãos do Estado devem realizar o controle de convencionalidade com base no que decide a Corte IDH em sua jurisdição contenciosa ou consultiva, já que essas deliberações constituem fontes que contribuem para o eficaz respeito e garantia dos direitos humanos, vinculando todos os Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), mesmo aqueles que não sejam parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), mas que se obrigaram a promover os direitos humanos graças à Carta da OEA¹⁸¹⁵.

Por isso, a importância do estudo dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos para que sejam concretizados os direitos incidentes sobre a mobilidade internacional humana.

4.2 OS PRINCIPAIS PRECEDENTES E OPINIÕES CONSULTIVAS¹⁸¹⁶

4.2.1. OPINIÃO CONSULTIVA N. 16/99

O México solicitou opinião consultiva da Corte IDH sobre eventual impacto jurídico em face da Convenção Americana de Direitos Humanos do descumprimento da notificação do direito à assistência consular, previsto no artigo 36, 1, “b”, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963¹⁸¹⁷. A Corte considerou que tal direito compõe o direito ao devido processo legal em um julgamento justo (art. 8º e 25 da CADH). Além disso, como na solicitação da Opinião Consultiva o México havia feito menção a vários casos de mexicanos condenados à *pena de morte* nos Estados Unidos sem a observância do citado direito à informação sobre a assistência consular, a Corte determinou que, nestes casos, há ainda a violação do art. 4º do Pacto de San José da Costa Rica, que se refere ao direito de não ser privado da vida de modo arbitrário.

1814 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Gelman c. Uruguai*, julgamento de 24 de fevereiro de 2011.

1815 Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva n. 21/04 sobre os direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional, de 19-08-2014.

1816 Esses precedentes foram estudados em CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 7a ed., São Paulo: Saraiva, 2020, pp. 450-485 e pp. 1001-1004.

1817 Ratificada e incorporada internamente no Brasil pelo Decreto n. 61.078, de 26 de julho de 1967.

Em síntese, todo migrante estrangeiro, ao ser detido, deve ser notificado do seu direito de receber assistência consular. No caso brasileiro, não poderia o Brasil alegar não ter responsabilidade sobre um ato de um Estado-membro ou município da Federação brasileira. É o Estado como um todo que possui personalidade jurídica de Direito Internacional, não podendo, como é óbvio, alegar óbice de direito interno para se eximir de sua responsabilidade¹⁸¹⁸.

A assistência consular é importante porque busca neutralizar a *inegável desigualdade* que existe entre o detido nacional e o detido estrangeiro, pois este último enfrenta (além da carga da prisão) as inúmeras barreiras culturais, linguísticas e jurídicas oriunda da sua situação migratória.

Essa notificação do direito de receber assistência consular exige: (i) que seja feita, sem tardar (“without delay”), no exato momento da detenção e *antes* de qualquer declaração do detido, sob pena de se tornar supérflua (no auxílio na superação das desigualdades); (ii) que seja concretizada a vontade do detido de contatar a autoridade consular, com a autoridade brasileira adotando as medidas para que o consulado seja acionado, aguardando-se a chegada do representante consular antes do interrogatório do detido; e (iii) que seja assegurada, com privacidade, o encontro do detido com sua autoridade consular.

Em 2015, o STF decidiu que o artigo 36, 1, “b”, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares deve incidir em todas as hipóteses de detenção de um estrangeiro no país, qualquer que seja a modalidade, inclusive prisão cautelar (flagrante delito, prisão temporária, prisão preventiva etc)¹⁸¹⁹.

Em 2016, o Conselho Nacional do Ministério Público adotou a Recomendação n. 47, a qual recomendou aos membros do Ministério Público que fiscalizem a notificação consular resultante da aplicação do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963, que impõe que as autoridades brasileiras cientifiquem, *sem tardar*, a autoridade consular do País a que pertence o estrangeiro, sempre que este for preso, qualquer que seja a modalidade da prisão.

Já em 2017, houve a edição da Portaria n. 67/2017, pela qual o Ministro da Justiça determinou às Polícias Federal e Rodoviária Federal que fiscalizem a aplicação do art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, para que seja feita “sem demora, a autoridade consular do País a que pertence o estrangeiro, sempre que este for preso, qualquer que seja a modalidade da prisão”.

No caso de não ter sido feita a notificação ao detido, há dois posicionamentos que podem ser adotados. Para uma primeira visão, a falta de notificação é irregulari-

1818 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n. 16/99 sobre o direito à informação sobre a assistência consular em relação às garantias do devido processo legal, de 1º-10-1999.

1819 STF, Prisão Preventiva para Extradicação n. 726, Decisão monocrática do relator, Min. Celso de Mello, de 27 de maio de 2015.

dade que só contamina os atos posteriores se houver prejuízo (*pas de nullité sans grief*), o que só seria demonstrável caso o estrangeiro comprovasse dano à sua defesa. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “a ausência de informação do local e da prisão do recorrente à sua família e ao consulado da Romênia, ainda que tivessem ocorrido, não seriam suficientes, por si sós, para viciar o auto de prisão em flagrante, tendo em vista a ausência de demonstração de prejuízo efetivo à Defesa” (RHC 27.067/SP, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. 16-3-2010, publicado no *DJe* 12-4-2010).

Contudo, para a Corte IDH, a ausência de notificação da assistência consular acarreta violação do devido processo legal penal, ofensa ao direito à defesa e, consequentemente, nulidade dos atos processuais posteriores¹⁸²⁰.

4.2.2 OPINIÃO CONSULTIVA N. 18/03

Na Opinião Consultiva n. 18, a Corte IDH determinou que os Estados membros da Organização dos Estados Americanos têm o dever de respeitar e garantir os direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados, independentemente de sua nacionalidade, em nome do direito à igualdade e não discriminação com os trabalhadores nacionais¹⁸²¹. Para a Corte IDH, o direito à igualdade pertence ao *jus cogens*, o que não depende da ratificação de tratados específicos, como a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.

Desse modo, a Corte exige que os Estados e os particulares assegurem os (i) direitos trabalhistas dos migrantes indocumentados, sem qualquer espécie de discriminação nas relações de trabalho com os direitos previstos aos trabalhadores regulares, observando-se os direitos mínimos estabelecidos internacionalmente. Nisso, é necessário (ii) proibir o trabalho forçado ou obrigatório, bem como (iii) vedar o trabalho infantil, assegurando-se o (iv) direito à associação sindical e o (v) direito à jornada razoável, por exemplo.

A lógica da Corte é a seguinte: o Estado não é obrigado a admitir os migrantes, mas, caso eles estejam no território sob sua jurisdição, não é possível discriminá-los, não assegurando os mesmos direitos previstos aos demais trabalhadores.

Além disso, a Corte IDH decidiu que os migrantes têm o direito de acesso à justiça para fazer valer seus direitos de forma efetiva e em condições de igualdade como qualquer jurisdicionado. Os estrangeiros indocumentados possuem o (i) direito à ampla defesa e (ii) ao devido processo legal, mesmo em casos nos quais sejam discutidas a detenção e futura saída compulsória por meio da expulsão ou deportação.

Em resumo, os tratados de direitos humanos não garantem o direito de ingresso, porém determinam que o Estado deve promover o direito à igualdade aos migrantes,

1820 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n. 16/99 sobre o direito à informação sobre a assistência consular em relação às garantias do devido processo legal, de 1º-10-1999.

1821 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n. 18/03 sobre a condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados, de 17-09-2003.

independentemente de seu estatuto migratório, bem como há o dever de assegurar outros direitos como o acesso à justiça e o devido processo legal.

4.2.3 CASO *TIBI C. EQUADOR*

Tratou-se da detenção arbitrária do nacional francês Sr. Daniel Tibi (inicialmente foi lhe dito que se tratava de “controle migratório”) por envolvimento com tráfico de drogas. Foi torturado repetidamente para que confessasse, não tendo sido ofertada proteção judicial contra tais atos ou reparação adequada. O Equador foi condenado pela violação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. No que tange ao direito à notificação da assistência consular, a Corte condenou o Estado por não ter cumprido com tal notificação, o que redundou no reconhecimento da violação do direito à defesa e a um julgamento justo¹⁸²². A vulnerabilidade do preso estrangeiro é exposta no caso: ele foi preso originalmente sob alegação de que era “controle de imigração” e, depois, a prisão foi mantida sem uma acusação clara, sofrendo tortura em sua estadia na prisão. A Corte IDH poderia ter indicado a necessidade de se adotar mecanismos de proteção ao estrangeiro idênticos aos dados ao nacional, além da assistência consular.

4.2.4 CASO *ACOSTA CALDERÓN C. EQUADOR*

Trata-se da responsabilidade internacional do Equador pela prisão do Sr. Acosta Calderón, nacional colombiano, por tráfico de drogas, o qual, após dois anos de sua detenção em flagrante, não foi apresentado a um juiz (audiência de custódia) ou garantido seu direito a assistência consular. Ao total, permaneceu por mais de cinco anos em prisão preventiva, violando o direito a um prazo razoável no processo criminal, diante da ausência de complexidade do assunto e de qualquer atuação por parte do Sr. Calderón para atrasar o processo, sendo a demora associada à inércia das autoridades judiciais. Por fim, a Corte entendeu que houve violação do direito à liberdade pessoal, devido processo legal e proteção judicial. No caso, reafirmou que toda pessoa presa deverá ser apresentada a uma autoridade judicial após a prisão, bem como acessar um recurso efetivo e não ilusório. O ponto de relevo no caso é, mais uma vez, a vulnerabilidade dos detentos estrangeiros. Ele foi preso e não houve assistência consular. A Corte IDH perdeu a oportunidade de indicar instrumentos de proteção específicos aos estrangeiros em situação de vulnerabilidade¹⁸²³.

4.2.5 CASO *DAS CRIANÇAS YEAN E BOSICO C. REPÚBLICA DOMINICANA*

Tratou-se, no caso, de filhas de mães dominicanas e pais haitianos, as meninas Dilcia Yean e Violeta Bosico, que foram privadas do *direito à nacionalidade* e permaneceram *apátridas* por mais de quatro anos graças a sucessivas exigências de documentação

1822 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Tibi c. Ecuador*, sentença de 7-9-2004.

1823 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Acosta Calderón c. Ecuador*, sentença de 24-6-2005.

feitas pela República Dominicana para realizar o registro tardio de nascimento das meninas. Em linha com o que já havia sido exposto na Opinião Consultiva n. 18, a Corte reafirmou que a não discriminação é um direito que independe de *status* migratório.

Assim, a Corte considerou que a República Dominicana tinha práticas administrativas e medidas legislativas em matéria de nacionalidade que eram discriminatórias e que, por essa razão, agravaram a situação de vulnerabilidade das meninas e afetaram o gozo de outros direitos previstos na Convenção Americana, como o direito ao nome. A República Dominicana negou a nacionalidade às meninas, apesar de todos os documentos tivessem sido apresentados, em virtude da ascendência haitiana (migrantes). Dessa forma, a Corte IDH reconhece a aplicação do art. 20 da Convenção, garantindo a nacionalidade como direito essencial¹⁸²⁴.

4.2.6 CASO VÉLEZ LOOR C. PANAMÁ

No caso, Jesús Vélez Loor, cidadão equatoriano, foi preso e processado no Panamá por delitos relacionados à sua situação migratória, sem a observação do devido processo legal. Apesar de os Estados poderem fixar políticas migratórias, são consideradas *arbitrárias* as políticas migratórias cujo eixo central é a *detenção obrigatória* dos migrantes irregulares, sem que as autoridades competentes verifiquem em cada caso em particular, e mediante uma avaliação individualizada, a possibilidade de utilizar medidas menos restritivas que sejam efetivas para alcançar os fins legítimos buscados. A criminalização da migração indocumentada consiste em tratamento discriminatório entre nacionais e estrangeiros, o que é vedado pela Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁸²⁵.

4.2.7 CASO NADEGE DORZEMA E OUTROS C. REPÚBLICA DOMINICANA

Em um contexto de graves e reiteradas ações discriminatórias contra haitianos ou descendentes de haitianos na República Dominicana, em 2012, a Corte continuou a julgar uma sequência de casos sobre o assunto. Tratou-se de uso excessivo da força por parte de militares do Estado réu contra grupo de haitianos, pelo qual foram mortas sete pessoas. Os militares envolvidos foram absolvidos pela justiça militar nacional e algumas das vítimas sobreviventes foram ainda deportadas pelo Estado infrator. A Corte considerou que o caso demonstrava, mesmo após o julgamento do Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana, que a situação de discriminação estrutural contra haitianos ou pessoas de origem haitiana (migrantes) continuava a existir no Estado infrator, gerando violação de direitos e impunidade. Mais uma vez, a Corte IDH condenou um Estado por violação a direitos dos migrantes, indicando que havia tratamento discriminatório *perene*, quando comparado com o dos nacionais¹⁸²⁶.

1824 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Crianças Yean e Bosico c. República Dominicana*, sentença de 8-9-2005

1825 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vélez Loor c. Panamá*, sentença de 23-11-2010

1826 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Nadege Dorzema e outros c. República Dominicana*, sentença de 24-8-2012.

4.2.8. CASO FAMÍLIA PACHECO TINEO C. BOLÍVIA

Foi o primeiro caso submetido à Corte em que um país foi responsabilizado por violações de direitos humanos ocorridas no marco de um procedimento de solicitação de reconhecimento do estatuto de *refugiado*, mostrando uma tendência de absorção do Direito Internacional dos Refugiados pelos *procesos internacionales de derechos humanos*. Para a Corte, procedimentos migratórios de solicitação de refúgio ou que podem levar à deportação ou à expulsão de alguém devem contemplar as garantias mínimas do devido processo legal. Além disso, o sistema interamericano reconhece que qualquer pessoa estrangeira não deve ser devolvida quando sua vida, integridade pessoal ou liberdade estejam sob risco de serem violadas. No caso, a expulsão da família Pacheco Tineo para o Peru, inclusive de seus filhos, violou o direito a buscar e receber asilo e ao princípio do *non-refoulement*¹⁸²⁷.

4.2.9 OPINIÃO CONSULTIVA N. 21/14

Em julho de 2011, em uma iniciativa inédita, os quatro países-membros do Mercosul (Mercado Comum do Sul), Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, apresentaram em conjunto um pedido de opinião consultiva (pois o Mercosul não possui legitimidade para tanto) sobre os direitos de crianças e adolescentes migrantes. Em agosto de 2014, a Corte IDH emitiu sua opinião consultiva n. 21 (OC-21/2014) sobre o tema¹⁸²⁸.

Os países solicitantes indagaram à Corte IDH quais seriam as obrigações dos Estados em situações internas envolvendo crianças migrantes ou seus pais, tendo como base a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Após uma longa análise das fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dos direitos das crianças e dos migrantes, a Corte IDH entendeu que os Estados devem priorizar os direitos das crianças (por crianças, deve-se entender “toda pessoa que não tenha completado 18 anos de idade, salvo que tenha alcançado a maioridade antes em conformidade com a lei”), levando em consideração (i) o seu desenvolvimento integral, (ii) sua proteção e (iii) seu melhor interesse.

Nessa linha, a criança tem direito de acesso à justiça e devido processo legal nas situações particulares que envolvem os migrantes, que consistem nos seguintes direitos: (i) o direito de ser notificada da abertura e de todo o ocorrido em processo migratório; (ii) o direito a que os processos migratórios sejam conduzidos por um funcionário ou juiz especializado; (iii) o direito a ser ouvida e a participar nas diferentes etapas processuais; (iv) o direito a ser assistida gratuitamente por um tradutor e/ou intérprete; (v) o acesso efetivo à comunicação e à assistência consular; (vi) o direito a ser assistida por um

1827 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia*, sentencia de 25-11-2013.

1828 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n. 21/04 sobre os direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional, de 19-08-2014.

representante legal e a comunicar-se livremente com este; (vii) o dever de designar um tutor no caso de criança desacompanhada ou separada; (viii) o direito a que a decisão adotada avalie o interesse superior da criança e seja devidamente fundamentada; (ix) o direito a recorrer da decisão perante um juiz ou tribunal superior com efeitos suspensivos; e (x) o prazo razoável de duração do processo.

Quanto à privação de liberdade das crianças migrantes, a Corte apontou que tal medida só pode ser imposta em casos extremos, cabendo aos Estados implementar garantias de proteção às crianças privadas de liberdade.

Por fim, a Corte IDH explicitou o princípio do *non refoulement* – válido para todo e qualquer estrangeiro, não somente para os refugiados –, ou seja, a proibição dos Estados de transferirem (qualquer que seja a nomenclatura – rechaço, expulsão, deportação etc.) uma criança a um outro Estado quando sua vida, segurança ou liberdade estejam em risco de violação por causa de (i) perseguição ou ameaça de perseguição, (ii) violência generalizada ou (iii) violações massivas aos direitos humanos, entre outros, assim como para um Estado onde (iv) corra o risco de ser submetida a tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

4.2.10 PESSOAS DOMINICANAS E HATIANAS EXPULSAS C. REP. DOMINICANA

Tratou-se de caso envolvendo a expulsão ou deportação de membros de cinco famílias de origem haitiana da República Dominicana no final do século XX (1999 e 2000). O cenário comum dessas expulsões ou deportações foi a detenção arbitrária e retirada para a fronteira do Haiti sem observância do direito a defesa. Para a Corte, houve violações do direito ao devido processo legal nos processos de expulsão e deportação, com ofensas ainda ao direito à liberdade pessoal, direito à nacionalidade (alguns eram nacionais da República Dominicana, mas o Estado Réu dificultava o fornecimento da documentação, em virtude da origem haitiana), direitos de proteção à criança e da família.

A Corte ainda considerou que a sentença do Tribunal Constitucional local (sentença TC/01/168/13, de 2013), bem como determinados artigos da lei de migração nacional de 2014, violavam a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Corte condenou o Estado a adotar medidas cabíveis para que tais atos (inclusive a sentença nacional) deixem de produzir os seus efeitos. A Corte IDH, ao condenar a conduta da República Dominicana, indica que não vai aceitar tratamento desigual odioso entre nacionais e migrantes, além de não tolerar negação do direito à nacionalidade, em face da violação ao art. 20 da Convenção¹⁸²⁹.

Destaque-se que o Tribunal Constitucional da República Dominicana buscou, na fundamentação da decisão atacada pela Corte IDH, defender o uso da teoria da

1829 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pessoas dominicanas e hatianas expulsas c. Rep. Dominicana*, sentença de 28-08-2014.

“margem de apreciação nacional” (utilizada na Corte Europeia de Direitos Humanos) na hipótese da temática da “nacionalidade dominicana requerida por haitianos”.

O Tribunal Constitucional do Estado Réu, assim, criticou a atuação da Corte IDH em tema que seria “sensível” aos dominicanos. A República Dominicana manifestou-se contrariamente à sentença da Corte IDH, considerando que a lei nacional impugnada (Lei n. 169-14) havia sido aprovada à unanimidade no Congresso local e a Corte deveria respeitar a soberania estatal. Curiosamente, na mesma manifestação, o governo reiterou o seu compromisso com o sistema interamericano de direitos humanos.

No final de 2014, em clara reação à jurisprudência da Corte IDH, o Tribunal Constitucional dominicano considerou inconstitucional o reconhecimento da jurisdição da Corte IDH pela República Dominicana, pois o instrumento de aceitação deveria ter sido aprovado também pelo Congresso e não somente pelo Presidente da República (TC/0256/14, de novembro de 2014).

4.2.11 CASO WONG HO WING C. PERU

O caso trata do pedido de extradição do Sr. Wing, formulado pela República Popular da China ao Estado peruano, sob alegações de que o extraditando cometera o crime de “contrabando de mercadorias comuns”, cuja pena máxima na legislação chinesa era a pena de morte (legislação depois revogada). Após idas e vindas – com direito à atuação diplomática chinesa –, o processo de extradição resultou num impasse: duas decisões internas com fundamentos diversos e a inatividade do Poder Executivo para tomar a decisão extraditacional final. O caso é *paradigmático*, pois é o primeiro a vincular a *cooperação jurídica internacional* aos direitos humanos: a Corte exigiu que os Estados americanos não cooperem caso o extraditando possa ser submetido a pena de morte, a tortura ou tratamento cruel, desumano e degradante. Contudo, a Corte decidiu que não bastam alegações genéricas de violações de direitos humanos no Estado requerente da cooperação jurídica, mas deve o Estado requerido analisar especificamente as circunstâncias do caso concreto. Esse posicionamento da Corte IDH está em linha com o debate da temática (cooperação jurídica internacional e os direitos humanos¹⁸³⁰) na Corte Europeia de Direitos Humanos.

No caso, a Corte IDH considerou que não foi constatado risco específico ao extraditando, mas determinou que se tome uma decisão final o mais brevemente possível e que se revise a privação de liberdade do Sr. Wing. A Corte IDH afastou a possibilidade de se presumir que o extraditando será condenado à morte, caso o país requerente (no caso a China) aceite não aplicar tal pena¹⁸³¹.

Destaque-se que a Corte IDH reconheceu que a demora para concessão ou não

1830 Sobre o tema da cooperação jurídica internacional e os direitos humanos, ver a obra indispensável de ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

1831 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Wong Ho Wing c. Peru*, sentença de 30-6-2015

da extradição, com a manutenção do indivíduo preso, consiste em violação do devido processo legal.

Em junho de 2016, a Corte IDH prolatou sentença de interpretação, a pedido do Estado (recurso de interpretação), pela qual esclareceu que o Peru é obrigado a permitir o acesso, pelo extraditando, a uma revisão judicial da decisão do Poder Executivo favorável à extradição.

5. PERSPECTIVAS: O “DIÁLOGO DAS CORTES” E A TEORIA DO DUPLO CONTROLE

O Brasil deu um passo importante rumo à concretização do universalismo, aceitando a interpretação *internacional* dos direitos humanos, que já possui - como se viu nos casos da Corte IDH - precedentes transformadores em diversos temas envolvendo indivíduos em situação de mobilidade internacional.

Por isso, foi mencionada acima a necessidade de compatibilização entre o resultado do controle de convencionalidade nacional com o decidido no controle de convencionalidade internacional. Não seria razoável, por exemplo, que, ao julgar a aplicação de determinado artigo da *Convenção Americana de Direitos Humanos*, o STF optasse por interpretação não acolhida pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, abrindo a possibilidade de eventual sentença desta Corte *contra* o Brasil.

Esse “Diálogo das Cortes” deve ser realizado internamente, para impedir violações de direitos humanos oriundas de interpretações nacionais equivocadas dos tratados. Para evitar que o “Diálogo das Cortes” seja mera peça de retórica judicial, há que se levar em consideração os seguintes parâmetros na análise de uma decisão judicial nacional, para que se determine a existência de um “Diálogo” efetivo:

- 1) a menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extraconvencionais de direitos humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema;
- 2) a menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências disso reconhecidas pelo Tribunal;
- 3) a menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais de direitos humanos aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil;
- 4) o peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional¹⁸³².

Claro que não é possível obrigar os juízes nacionais ao “Diálogo das Cortes”, pois isso desnaturaria a independência funcional e o Estado Democrático de Direito. Desse modo, no caso de o diálogo inexistir ou ser insuficiente, deve ser aplicada a *teoria*

1832 A posição do Autor deste artigo sobre o “Diálogo das Cortes” foi mencionada no voto do Min. Fachin (STF), na Extradição n. 1.362/Argentina, relator para o acórdão Min. Teori Zavascki, julgamento finalizado em 9-11-2016.

do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade internacional (órgãos de direitos humanos do plano internacional).

Os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil. Esse *duplo controle* parte da constatação de uma verdadeira separação de atuações, na qual inexistiria conflito real entre as decisões porque cada Tribunal age em esferas distintas e com fundamentos diversos.

Com base nessa separação, é possível dirimir o conflito aparente entre uma decisão do STF e da Corte de San José. Assim, ao mesmo tempo em que se respeita o crivo de *constitucionalidade* do STF, deve ser *incorporado* o crivo de *convencionalidade de matriz internacional* da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Todo ato interno (não importa a natureza ou origem) deve obediência aos dois crivos. Caso não supere um deles (por violar direitos humanos), deve o Estado envidar todos os esforços para cessar a conduta ilícita e reparar os danos causados.

A partir da *teoria do duplo controle*, agora deveremos exigir que todo ato interno se conforme não só ao teor da jurisprudência do STF, mas também ao teor da jurisprudência interamericana, cujo conteúdo deve ser estudado já nas Faculdades de Direito.

Só assim será possível evitar o antagonismo entre o Supremo Tribunal Federal e os órgãos internacionais de direitos humanos, evitando a ruptura e estimulando a convergência em prol dos direitos humanos, especialmente em temas relativos à mobilidade internacional humana em tempos de pandemia, que podem desencadear surtos de xenofobia, mesmo em Estados Democráticos.

CONCLUSÃO

O presente artigo visou o estudo dos direitos dos indivíduos envolvidos na situação de mobilidade internacional, à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua interpretação internacionalista realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Foram abordadas diversas facetas da mobilidade internacional, como os direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados, direito ao devido processo legal, direito à nacionalidade, direito à assistência consular, direito à igualdade e combate à discriminação contra migrantes, direitos dos solicitantes de refúgios, inclusive crianças e direitos dos extraditandos, entre outros.

O controle de convencionalidade de matriz internacional desenvolvido pela Corte IDH é de extrema valia para o Brasil, pois deve orientar a interpretação nacional da

Convenção Americana de Direitos, em um verdadeiro “diálogo das Cortes”, evitando a responsabilização internacional do Brasil e aumentando a proteção dada aos migrantes em território nacional.

BIBLIOGRAFIA

ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO RAMOS, André de. “Crimes da ditadura militar: a ADPF n. 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”, in GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). *Crimes da ditadura militar: sua análise à luz da jurisprudência interamericana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 174-225.

CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

VEDOVATO, Luís Renato. *Direito de ingresso do estrangeiro: a circulação das pessoas pelo mundo no cenário globalizado*. Livro digital. São Paulo: Atlas, 2013.

O ACOLHIMENTO DE MIGRANTES E REFUGIADOS NO BRASIL: A NECESSÁRIA PARCERIA COM A SOCIEDADE CIVIL

Mario Jorge P. de C Lima

Edyleno Italo Santos Sodré

RESUMO: As migrações de pessoas causadas por situações de insegurança física e material se agrava nos últimos anos e a mídia internacional repercute de modo insistente a crise de migrantes e refugiados, que afeta sobretudo Europa, Estados Unidos e América do Sul.

No contexto sul-americano e brasileiro essas movimentações súbitas e volumosas de populações apresentam o desafio de acolhimento, não somente pela ação de organismos internacionais, mas também pela vigência das normas internacionais de direitos humanos, que obrigam a recepção e acolhimento digno desses contingentes humanos.

A chegada dos migrantes forçados perturba as comunidades locais. Por isso, os esforços dos governos para acomodação dessas pessoas e assegurar a dignidade humana dos migrantes devem ser acompanhados de mobilização da sociedade civil.

PALAVRAS CHAVE: Refugiados. Acolhimento. Tratado. Humanismo. Parceria.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O ser humano supranacional e os refugiados na atual crise brasileira; 3. A formação do sistema internacional de direitos humanos e seu reflexo nas normas constitucionais nacionais; 4. Da submissão do direito brasileiro ao sistema normativo internacional em recepção de refugiados; 5. Da necessária parceria com a sociedade civil em recepção de refugiados; 6. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais agudos para a humanidade na atualidade é a denominada “Crise dos Imigrantes e Refugiados” que tem alcançado muitos países em vários continentes.

No contexto sul-americano e brasileiro, essas movimentações, em larga escala, de famílias e de populações, que deixam seus países e lares ingressando em outros países fronteiriços, no caso brasileiro em acesso por unidades da federação como Roraima e Mato Grosso do Sul, têm causado perplexidade e sobressalto quanto à garantia mínima de condições existenciais aos nacionais que moram nas regiões de fronteiras, que também deve se estender aos numerosos novos habitantes.

São muitos os motivos desses êxodos, e cabe indagar, principalmente, se eles não se constituíam como graves violações a direitos humanos na sua origem, assim como também quando dos acolhimentos oferecidos pelos países que os recebem, a exemplo do Brasil, sem uma estrutura apta para assistir desde menores de idade, crianças e adolescentes, até adultos em situação de extrema vulnerabilidade.

Denote-se que, como consequência jurídica direta desses movimentos de múltiplos contingentes populacionais estrangeiros em entrada no território jurisdicional de um país como Brasil, se verifica o imediato confronto da realidade para com o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente previsto na Constituição Federal, que também o assume nas diretrizes basilares de suas relações internacionais. de Direito Internacional, como previsto na Lei Maior República Federativa do Brasil, de 05.10.1988, artigos 2º, inciso III e 4º, incisos X e IX.

Recorde-se ainda, entre outros princípios de relações internacionais brasileiras elencados no art. 4º da CF/88, a obrigação de conceder asilo nos casos de egressos acusados de crimes políticos nos seus países, que pode potencialmente sugerir o dever constitucional do estado brasileiro de admitir os estrangeiros, em nome de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Neste estudo, pretende-se abordar, os deveres nacionais decorrentes do sistema interamericano de direitos humanos, constitucional e até infraconstitucional da República Federativa do Brasil, como Estado Democrático de Direito, em receber “os apátridas, imigrantes e refugiados” no solo brasileiro, principalmente ao levar em consideração o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, assim como as consequências disso. Sem olvidar do que lhes deve ser assegurado como mínimo existencial, diante dos direitos fundamentais sediados no caput do art. 5º da Constituição Federal, de aplicabilidade, também, para os estrangeiros, como expressamente registrado.

No entanto, a chegada desses migrantes forçados de modo súbito e volumoso perturba a estabilidade das comunidades locais, não raro já vulneráveis pela carência econômica regional. Nesses casos, os esforços dos governos para acomodação desses migrantes podem ser dificultados ou mesmo frustrados pelas reações locais das comunidades afetadas pelos novos concorrentes de assistência.

Por isso, os esforços e a assistência governamental determinada pelos deveres constitucionais e internacionais, no intuito de assegurar a dignidade humana dos migrantes, devem ser acompanhados de mobilização da sociedade civil através de campanhas e parcerias de colaboração e cooperação, não somente para complementar os esforços oficiais, mas também facilitar a inclusão ainda que temporária dessas populações até o desfecho definitivo de seu destino..

2. O SER HUMANO SUPRANACIONAL E OS REFUGIADOS NA ATUAL CRISE BRASILEIRA

Na realidade do mundo contemporâneo podemos constatar com convicção que nenhum Estado-Nação pode se desenvolver isolado, de forma total e independente dos demais. Isso se deve também aos avanços tecnológicos impressionantes, que afetam os Estados,

principalmente naqueles que prevalecem os ideais da democracia e de acesso a informação, que lidam com a necessidade de regular as relações resultantes das inovações na área de informática, e seu efeito mais notável, a denominada “globalização”, palavra conhecida desde o século 20, e que pode ser percebida nos seus efeitos conforme seguinte trecho:

... podemos falar da globalização como sendo um estreitamento e aprofundamento espacio-temporal de toda uma estrutura econômica, social, política e cultural, suportado por uma densa, complexa e interligada rede de comunicações que, possibilitando-o, acelera ainda mais todo um processo de diluição (outra vez a figura do ‘Leviatã’ nos assalta...) do uno no múltiplo, do ser-aí-diferente no ser-em-todo-lado-igual, de caldeirão onde se fundem diversidades culturais, econômicas, políticas e sociais em consequência do qual cada vez menos se encontra um eu ‘genuíno’ ... (FERNANDES, 2001, p.33).

Nos tempos atuais, podemos observar que o ser humano, apesar de ter nascido em determinado local e ali receber seu vínculo de nacionalidade, seja através do jus soli ou do jus sanguinis, tem seus direitos humanos essenciais expandidos pelo contexto globalizado, porque tutelado pelo Sistema Internacional de Direitos Humanos, que inclusive pode ser acionado contra o próprio país do qual é nacional, em casos de graves violações a direitos existenciais mínimos.

Nessas circunstâncias, cabe indagar o funcionamento do direito nacional de cada país, concebido para lidar, a princípio, com a conduta individualizada de seus nacionais, quando tem que enfrentar essa nova e grave problemática de grandes fluxos migratórios humanos, parcialmente estranhos a seu direito nacional.

Da complexidade destas interações humanas entre nacionais e estrangeiros numa mesma localidade espacial, ou mesmo através da rede mundial de computadores, surgem grandes, inesperadas e rápidas alterações no cotidiano social dos Estados que recebem essas grandes intervenções humanas, como temos assistido e vivenciado nas migrações e na rede mundial, graças a rapidez de comunicação e mobilização.

Nos países subdesenvolvidos, como o Brasil, em razão da discrepante distribuição de renda, escassez de recursos alimentares e condições de assistência básica a populações menos favorecidas, os contornos de um aumento abrupto de contingente populacional em unidades da federação de baixa densidade demográfica, não é difícil observar que os indivíduos vivem uma permanente sensação de falta de condições mínimas de sobrevivência e de instabilidade. Nesses casos, os conflitos locais eclodem espontaneamente, como podemos assistir, por exemplo, em Roraima, desde 2018, quando da onda de migrantes venezuelanos que permanece.

Entretanto, o problema mais recente de Roraima não é inédito, uma vez que, há cerca de cinco anos atrás houve a grande chegada de haitianos tangidos por carência econômica agravada por terremoto naquele país, que também exigiu atuação governamental de recepção e controle para evitar agravamento de carências existenciais.

Ademais não custa registrar o constante risco dessas migrações para os países sub-desenvolvidos, considerando que a concentração da riqueza mundial, que ao final do século 20 (BAUMAN, 1999, p. 78) já destinava aos países em desenvolvimento apenas 22% da riqueza global, parece que se acentua na medida em que avança o século 21, quando informações estatísticas registram índices crescentes de concentração de riqueza nos próprios países desenvolvidos.

No caso dos migrantes venezuelanos, cabe lembrar como agravante, o desentendimento ideológico dos governos dos países envolvidos como Venezuela e Brasil, que contribui para a grande possibilidade de violações de direitos humanos, advindas das relações sociais tensionadas nas localidades superpovoadas pela migração no Brasil.

Certamente, subsiste no cenário atual ao menos uma recordação de uma mancha sobre os fatos nessa região, como a falta de alimentação e condições de higiene de haitianos e venezuelanos que chegaram ao Brasil, fugindo da pobreza e da falta de insumos básicos nos seus países e migraram buscando, inclusive a sobrevivência, encontrando, também, por falta de logística para a recepção, também as mesmas dificuldades, com o agravamento de epidemias, inclusive de algumas moléstias que já estavam sob controle, acrescido do surgimento de outras ameaças globais como o atual coronavírus, que desafiam os sistemas de imunização nacionais.

O mesmo cenário pode ser entrevisto nas atuais migrações de africanos para a Europa, através do mar Mediterrâneo, e nas caravanas de latino-americanos em marchas pedestres até a fronteira dos Estados Unidos, onde se constrói um vexatório muro para evitar o descontrole migratório.

3. A FORMAÇÃO DO SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E SEU REFLEXO NAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NACIONAIS

Antes de adentrar as diretrizes a serem adotadas para o presente contexto do Estado de Democrático de Direito Brasileiro, cumpre recordar como surgiram as idéias que inspiram as constituições de alguns países ocidentais e a causa da adoção das normas fundamentais como instrumentos escritos internacionais, além da inclusão dos direitos fundamentais nas maiores normas dos ordenamentos jurídicos nacionais de cada Estado-nação.

Desde o Século XVIII, notadamente depois da Revolução Francesa, com a chegada da burguesia, que essa mais nova classe, ascendente ao poder, pretendeu limitar os poderes do rei e da aristocracia e por isso adotou-se a ideia de ser necessário leis escritas e uma Constituição.

Essa iniciativa, característica dos países que adotaram o direito romano, a constituição como documento escrito, diferente do que era antes, onde prevalecia a “vontade”

do soberano como lei. Essa norma constitucional, sendo uma das grandes novidades trazidas com o novo modelo de Estado que surgia, deveria ser superior às demais normas como leis, decretos-reais, etc.,

Em adendo, essa nova “norma fundamental”, a Constituição, também trouxe a distribuição das funções típicas do Estado de legislar, administrar e julgar por três instâncias independentes de atuação, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, impedindo que o poder viesse a estar concentrado nas mãos de uma só pessoa para evitar os desmandos ocorridos na época do estado absolutista.

A lei, como expressão maior da vontade da Democracia em um Estado de Direito, seria resultado da atividade do legislativo, formado de representantes escolhidos pelo povo para esse fim, e destinada ao comando sobre todos, tornava-se garantia da “liberdade”, “igualdade”, inclusive para dar legitimidade à classe que acabara de chegar ao poder.

Mais tarde percebeu-se que a classe dominante e os ideais do estado moderno não asseguravam a “fraternidade” e que a “igualdade” entre os cidadãos era ficta, surgindo, ainda, a necessidade de que se tivesse o reconhecimento de direitos tidos como essenciais para o cidadão, além de instrumentos e órgãos que assegurassem a maior efetividade dos mesmos, e organismos que estando acima dos estados nacionais pudessem assegurar estas normas de interesse de toda a humanidade.

No âmbito do direito interno, enunciava-se os direitos fundamentais, como reflexos dos previstos na Declaração Universal do Homem e que passaram, cada vez mais, a ser incorporados em textos constitucionais de alguns ordenamentos nacionais, principalmente naqueles Estados que optaram por uma constituição escrita, uma vez que os instrumentos jurídicos anteriores, principalmente por causa do positivismo e da forma como eram interpretados, serviram para justificar regimes totalitários, inclusive na interpretação, de momento, das leis, para se chegar aos notórios crimes que podiam ser determinados pela vontade do representante do poder político (ditador, “führer”).

Em resposta às atrocidades, “até em nome da lei,” cometidas na segunda guerra mundial, cumpre mencionar que o quadro evolutivo desse ideal, que incorporou cada vez mais, nos textos constitucionais, os direitos essenciais aos cidadãos e de assegurá-los, mesmo que em detrimento inclusive do próprio estado, do poder dominante, fez inclusive surgir conceitos como o de constituição aberta, a exemplo da nossa, que traz expressamente a advertência de que os direitos fundamentais nela previstos, não excluem outros a que o Estado Brasileiro venha reconhecer em tratados e convenções internacionais, conforme artigo 5º, § 2º, CF.

A expansão do ordenamento interno na abrangência de direitos humanos reconhecidos no plano internacional, determinada na constituição brasileira, acompanha

a transformação das relações internacionais, antes fundamentada em direito internacional paritário, em direção ao direito internacional cosmopolita, como assinalado por Habermas (CAPUCIO, 2018, p. 11), que assume os direitos humanos como núcleo justificativo essencial dessa transição.

Esse é o motivo, por exemplo, pelo qual, todas as normas fundamentais da constituição brasileira, devem, obrigatoriamente, harmonizar-se com normas como o Pacto de São José de Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁸³³, tratado internacional ratificado pela República Federativa Brasileira, cabendo ao Poder Judiciário, na sua função de jurisdição constitucional, obrigado pela Constituição, a assegurar essa dimensão dos direitos plasmados no sistema interamericano, sobretudo os fundamentais com informados no sistema garantista, bem como também aqueles direitos fundamentais sediados na Carta Magna do País.

Forçoso, também, deduzir que, por estarem os conceitos intrínseca e reciprocamente ligados, não se pode falar em uma jurisdição constitucional - instrumento legítimo para que haja a garantia de direitos mínimos ao cidadão - sem o reconhecimento dos direitos fundamentais, principalmente no estágio atual dos Direitos Humanos.

Também, em face do atual estágio do que se entende como Estado Democrático de Direito na República Federativa do Brasil, as dimensões dos Direitos Fundamentais e da própria Constituição, sua supremacia e força normativa, não se pode olvidar que a jurisdição constitucional atue segundo a dimensão desse novo constitucionalismo no nosso país, além das Cortes Internacionais, que ocupam um espaço privilegiado e inédito de atuação, alargando o amplitude para a interpretação jurisdicional dos direitos humanos em definição do alcance literal dos dispositivos.

Nesse aspecto, a doutrina internacionalista preconiza que a harmonização de normas de direito internacional humanista com as normas de direito interno deve ser realizada de modo alargado pelo princípio da prevalência da regra mais favorável ao ser humano (MELO, PFEIFFER, 2000, p. 316).

Entretanto, subsiste a doutrina nacional de que esse alargamento decorre justamente da disposição constitucional brasileira nessa direção, uma vez que o conflito entre normas internacionais e normas nacionais se resolve a partir da soberania estatal, pelo direito constitucional de cada país (MORAES, 2011, p. 365), malgrado o entendimento ampliado da doutrina internacionalista de prevalência da norma mais favorável ao ser humano.

Nessa harmonização, destacam-se no caso brasileiro, técnicas de hermenêutica como a mutação constitucional e a “interpretação conforme”, com ou sem redução de

1833 Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). San José, 22.11.1969. Ratificação 09.07.1992. Promulg. Decreto nº 678, de 06.11.1992. Aprov. Decreto Legislativo nº 27, de 27.05.1992.

texto escrito, das normas contidas na própria constituição e em tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, variando de acordo com o entendimento de órgãos como o Supremo Tribunal Federal, de forma concentrada, mas também dos demais integrantes do judiciário dentro do controle de constitucionalidade difuso.

Embora, os autores mencionem que a tarefa interpretativa deva levar em conta, ao máximo, os dispositivos da Carta Magna e os Direitos Humanos Internacionais, percebe-se, além disso, o mandamento, como opção clara adotada pelo constituinte, da supremacia e eficácia imediata dos direitos essenciais aos cidadãos e que, também, pode ocorrer o acréscimo de outros direitos humanos, principalmente à luz do resultado da combinação dos parágrafos segundo e terceiro do artigo quinto, da Constituição Federal, que informa que o rol de direitos humanos ou fundamentais já vigentes é exemplificativo e nunca terminativo.

4. DA SUBMISSÃO DO DIREITO BRASILEIRO AO SISTEMA NORMATIVO INTERNACIONAL EM RECEPÇÃO DE REFUGIADOS

Na análise que desenvolvemos até aqui podemos verificar que todo o direito positivo ordinário se fundamenta na norma maior de um ordenamento, ou seja, na constituição, assim como os preceitos normativos desta última se amparam no Sistema Internacional, no que refere aos direitos humanos.

Nesse ponto, caberia indagar da possibilidade de eventual recusa em receber imigrantes e refugiados por parte do Estado brasileiro na atual situação da crise humanitária que se percebe dentro do território nacional, como tem sido divulgado na imprensa televisiva, nos demais meios jornalísticos e na rede mundial de computadores, desde o início no ano de 2018, e na mais recente situação, a dos venezuelanos ingressados na unidade federativa de Roraima, considerando a vigência e eficácia de normas do sistema internacional de proteção dos direitos humanos do estrangeiro, uma vez que esse modelo garantista foi adotado pelo constituinte brasileiro, desde a promulgação da Constituição Federal 1988, além das ratificações de tratados internacionais recepcionados pela lei fundamental.

Da mesma forma, caberia se indagar da eventual atuação da jurisdição de Cortes Internacionais de Direitos Humanos das quais o Brasil participa como resultado da adesão a Tratados Internacionais e como membro de Organismos como ONU, OEA e CADH, inquirindo sobre a responsabilidade do Brasil, no caso de, apesar de tal acolhimento intrafronteira, não restarem providas condições condignas de alojamento, salubridade e de mínimo de sobrevivência, ao numeroso contingente de seres humanos estrangeiros, sem mencionar o conflito social com a população da localidade de que mencionaremos adiante.

Nesse sentido, cabe registrar também a possibilidade de imputação de responsabilidade internacional ao Brasil no caso de eventual omissão em diligenciar ações positivas para garantir a proteção dos direitos humanos dos migrantes/refugiados venezuelanos, ou eventual tratamento discriminatório, nos termos da Opinião Consultiva nº 18/2003¹⁸³⁴ da Corte Interamericana dos Direitos Humanos.

Os pareceres consultivos de cortes internacionais, em princípio, não contêm eficácia cogente porque não proferidos no âmbito de um julgamento formal, entretanto, assumem a autoridade comprovante do direito em vigor (LASMAR, 2016, p. 12), isto é, assinalam a expectativa quanto ao comportamento lícito e de boa-fé dos membros da sociedade internacional.

Por sua vez, as violações efetivas ou potenciais de direitos humanos ocorridas sob jurisdição de algum dos membros da CADH, se submete à proteção judicial por essa Corte (NASCIMENTO, 2011, p. 578), como já afetou ao Brasil em algumas oportunidades, e uma vez demonstrado o esgotamento dos recursos internos, isto é, a insuficiência de reparação decorrente na ineficácia ou ineficiência das soluções do sistema jurisdicional interno do país onde ocorreu a violação.

Infelizmente, tomando exemplos de outras situações particulares do resto do Brasil, como as absurdas violações de direitos humanos em massacres ocorridos dentro de presídios em Manaus, com 55 mortos em maio de 2019¹⁸³⁵ e do Pará, com 57 mortos, julho de 2019¹⁸³⁶, promovida por detentos de facções rivais, sendo que todos estavam sob vigilância (guarda) do Estado, não conseguimos avistar um bom horizonte para o estado brasileiro no que diz respeito a julgamentos em Cortes Internacionais no que diz respeito a acatar as contemporâneas e vigentes normas de direito humanitário.

No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um simulacro de modernidade [...]

Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o establishment apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. Só que existe um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno [...]

É evidente, pois, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. As políticas neoliberais, que visam a minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza. Veja-se o exemplo ocorrido na França, onde, recentemente, após um avanço dos neoliberais, a pressão popular exigiu a volta das políticas típicas do Estado Providência. Já em nosso país, ao contrá-

1834 Corte Interamericana dos Direitos Humanos, *A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados*. Opinião Consultiva OC-18/03, 17 setembro 2003, Série A No. 18.

1835 Massacre que deixou 55 detentos mortos em cadeias de Manaus em dois dias foi motivado por rivalidade entre facções. Revista Exame (Abril), por Reuters. Matéria publicada em 28.05.2019, em: <https://exame.abril.com.br/brasil/presos-responsaveis-por-massacre-em-manaus-serao-transferidos/>

1836 Rebelião em presídio do Pará deixa ao menos 57 mortos. Jornal EL PAÍS, por Gil Alessi. Matéria publicada em 29.07.2019 https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/29/politica/1564416995_796203.html

rio disto, seguimos na contramão, é dizer, quando países de ponta rediscutem e questionam a eficácia (social) do neoliberalismo, caminhamos, cada vez mais, rumo ao “Estado ausenteísta”, “minimizado”, “enxuto” e “desregulamentado” (sic) [...]

É este, pois, o dilema: quanto mais precisamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe! (STRECK, 2005, p. 25-27)

Os observadores do Direito Internacional decerto conhecem o que acontece nessa região do continente sul-americano, sobretudo no seu maior país em extensão territorial, sem embargo dos prejuízos consideráveis para a imagem do estado brasileiro, diante da divulgação dessas imagens recentes, ou através da rede mundial de computadores e a enorme facilidade de acesso à informação e transmissão de dados com qualquer parte do planeta, que demonstram preocupações com gravíssimos problemas de direitos humanos essenciais à existência humana e à sua própria sobrevivência no Brasil, que decorrem da omissão política em garantir a eficácia positiva (SOARES, 2010, p. 145) para com a dignidade da pessoa humana, inclusive pelo elevado número de mortes por uso de armas de fogo e violência urbana, e ainda tem de se deparar com a atual falta de habilidade política e de diálogo para lidar com as potenciais práticas violadoras de direitos humanos, que.

Nessas circunstâncias críticas de notórias violações de direitos humanos no Brasil, que afeta nacionais e estrangeiros, e mesmo admitindo o caráter relativo e não absoluto do princípio da dignidade humana (SARMENTO, 2016, p. 97), como assume doutrina jurídica dominante, cabe recordar a atual inserção do ordenamento nacional brasileiro no sistema internacional de direitos humanos

Nesse sentido, a aplicação do sistema internacional de direitos humanos há de encontrar algum espaço de atuação, porque, diferente do que ocorria na origem da sociedade internacional, referente a questões de autonomia de um País para elaborar suas próprias normas nacionais, o ingresso de um Estado na atual Sociedade Internacional implica uma nova concepção do poder soberano (PORTELA, 2018, p. 43), não mais entendido como absoluto, mas sim sujeito a limites demarcados juridicamente na esfera internacional, principalmente, em se tratando de direitos humanos.

Similar ao que acontece com o indivíduo nacional que aceita fazer parte do sistema político do país e delega a seus representantes do parlamento, do executivo e do judiciário, o poder para elaborar e fazer cumprir as normas gerais, inclusive coercitivamente no âmbito interno, no momento em que um ente estatal celebra um tratado efetivamente restringe sua capacidade de deliberar sobre todos os assuntos de seus interesses, principalmente no diz que respeito ao direito humanitário, referente a todas as pessoas indistintamente.

Superada, até pelo atual contexto da globalização, a antiga concepção doutrinária de que a Sociedade Internacional seria formada apenas por Estados Independentes,

sendo que cada um deles teria poderes para tratar, com exclusividade, de todos os problemas que ocorressem em seu solo, a autonomia ou soberania de cada Estado não mais impede a atuação de Organismos Internacionais, nem de seus compromissos normativos com os demais membros da sociedade internacional.

Corroborando este entendimento, fácil verificar que algumas situações, principalmente as que dizem respeito a violações de direitos essenciais do homem, não podem ser encaradas como se fosse um problema isolado de só um determinado Estado, ou mesmo de um bloco político que o tem como membro integrante, pois:

um exame superficial da realidade mundial, marcada por inúmeros desafios cujo enfrentamento pode exigir esforços significativos e cujos desdobramentos podem afetar outras partes do mundo, distante dos locais onde os problemas foram gerados, provocando instabilidade e pondo em risco valores importantes, como a paz, a dignidade humana e a própria vida. (PORTELA, 2018, p. 45).

Importante observar que a ajuda ou cooperação entre Estados pode servir, não só como forma de enfrentamento de problemas de determinada localidade, mas também como um modo de auxílio, através de um tratado, podendo inclusive levar à troca de experiências bem-sucedidas, ou seja, que os avanços de um Estado possam ser repassados para outro que, em contrapartida, também pode repassar conhecimento para suas determinadas áreas carentes,

Registre-se, ainda, com relação a Cooperação em sentido amplo, também, não podemos olvidar da importância deste importante instrumento do Direito das Gentes para regulação da administração dos territórios que não pertencem com exclusividade a nenhum país, mas que, devido a características próprias como biodiversidade, recursos naturais em escassez, etc, devem merecer atenção de toda humanidade, a exemplo do continente antártico, o alto-mar e o espaço extraterrestre.

A concepção do gênero Cooperação nas relações internacionais a descreve como o meio pelo qual os Entes Estatais se articulam para colaborar com outros Estados (PORTELA, 2018, p. 763). Desse conteúdo, podemos deduzir que a insuficiência de capacidade dos países subdesenvolvidos para atender as atuais demandas das crises migratórias, que não afetam somente o Brasil, podem ser reduzidas na medida que se estabeleçam acordos de cooperação entre os países e sobretudo acordos de cooperação assistencial humanitária entre os países desenvolvidos e os subdesenvolvidos, além da atuação dos organismos internacionais específicos dedicados a essa atividade.

A cooperação entre países então funcionaria como instrumento de redução das violações de direitos humanos que ocorrem em países subdesenvolvidos receptores de migrantes vulneráveis, muitas vezes decorrente justamente da insuficiência sócio-econômica dos países de origem em atender a sua própria população.

Nesse objetivo, frisamos que, para os países subdesenvolvidos, no que se refere a cooperação internacional com outros países não situados no mesmo continente ou hemisfério, a cooperação pode ser empreendida, através de convênios, tratados e acordos para ajudar outros emergentes, em desenvolvimento, partindo de um conjunto maior de estados emergentes, tais como os BRICS¹⁸³⁷.

No contexto do continente sul-americano e das relações entre Brasil e Venezuela, cabe destacar o Acordo de Cooperação Sanitária Fronteiriça¹⁸³⁸ celebrado em 1982, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 45/1984, para conjugação de esforços de controle sanitário nas suas fronteiras recíprocas.

Nesse caso, mesmo diante do viés ideológico divergente dos atuais governos, cabe a responsabilidade internacional ao Brasil e demais países receptores dos migrantes venezuelanos que, na busca de condições mínimas de sobrevivência, atravessaram a fronteira brasileira, na unidade federativa de Roraima e tem vivido, já em nosso solo nacional em condições precárias, sendo muitas vezes hostilizados em razão da concorrência com os cidadãos da localidade, não raro havendo prostituição de menores de idade, indigência e medicação nos centros de cidades como Boa Vista e Pacaraima-RR.

5. DA NECESSÁRIA PARCERIA COM A SOCIEDADE CIVIL EM RECEPÇÃO DE REFUGIADOS

O cumprimento dos compromissos internacionais brasileiros com os direitos humanos, seja por estipulação de tratados internacionais ou seja pela principiologia da Constituição Federal encontra potencial auxílio valioso nas alternativas de parcerias com organizações da sociedade civil previstas na lei nº 13.019/2014.

Em verdade, o problema emergente da recepção digna de refugiados e outros migrantes forçados que assola os continentes nos dias atuais, além de clamar por ações efetivas de acolhimento e inclusão de países melhor afortunados, seja pela capacidade econômica, seja pela extensão territorial, ou pela relativa estabilidade sócio-política, costuma receber grande atenção da mídia ocidental em registro das obrigações humanitárias de governos.

O problema de alocação e estabilização de migrantes refugiados consiste num dos compromissos da ONU desde o início de sua composição, com a instalação da AC-

1837 BRICS - é um agrupamento de países de mercado emergente em relação ao seu desenvolvimento econômico. Trata-se de acrônimo da língua inglesa que é geralmente traduzido como "os BRICS" ou "países BRICS" ou, alternativamente, como os "Cinco Grandes". O agrupamento começou com quatro países sob o nome BRIC, reunindo Brasil, Rússia, Índia e China), até que, em 14 de abril de 2011, o "S" acrescido foi resultado da admissão da África do Sul (do inglês: South Africa) ao grupo. Conforme: <https://pt.wikipedia.org/wiki/BRICS>. Em 09.11.2019, às 11 horas.

1838 Acordo sobre Cooperação Sanitária Fronteiriça entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Venezuela. Caracas, 19.02.1982. Promulg. Decreto nº 59, de 14.03.1991. Aprov. Decreto Legislativo nº 45, de 09.10.1984.

NUR, que então se destinava ao repatriamento e assistência aos grandes contingentes populacionais afetados pelas consequências da 2ª guerra mundial.

A forte mobilização midiática reclama ações efetivas e imediatas de governos, que despertam o interesse da sociedade civil, organizada ou não, bem como das instâncias políticas.

Nesse caso, considerando o significativo interesse da sociedade civil na recepção de refugiados, os esforços devem ultrapassar a simples esfera institucional mas também mobilizar as entidades de organizações não governamentais e da sociedade de civil em auxílio complementar as ações de governo.

A primeira iniciativa nesse sentido se observa no acordo homologado pela Ministra Rosa Weber no curso da ação cível originária ACO n. 3121¹⁸³⁹ movida pelo Estado de Roraima no STF contra a União Federal, no contexto dos acontecimentos de entrada constante e de quantidade significativa de cidadãos da Venezuela, afugentados de seu país em razão das situações regionais de insegurança alimentar, sanitária e social.

Naquele momento, final de ano de 2018, a Venezuela enfrentava escassez econômica aguda que induziu a migração forçada de milhares de seus cidadãos para os países vizinhos de fronteira, entre eles o Brasil.

A entrada persistente dos venezuelanos causou uma crise local no estado de Roraima, que tem fronteira imediata com a Venezuela, em razão da insuficiência econômica desse membro da federação de pequena capacidade econômica e escassa infraestrutura material e social, onde as pessoas locais também são privadas de outros direitos humanos fundamentais (LIMA, 2019, p. 145), e que levou o governo local a reclamar da União Federal assumir a liderança do controle da situação, antes que ocorresse o colapso social em Roraima, inclusive pelas reações espontâneas de grupos da sociedade local, hostis contra a entrada e presença permanente dos migrantes.

A chegada súbita e volumosa de migrantes deslocados de suas origens e naturalmente estranhos ao novo local de permanência, induz a espontânea rejeição da comunidade humana instalada, sobretudo se acompanhado de carências materiais, estabelecendo a separação entre o ‘nós’ e ‘eles’ (BAUMAN, 2001, p. 220), pela percepção efetiva ou imaginária de diferenças perturbadoras do equilíbrio existente naquela comunidade, por mais precário que fosse.

Nesse cenário, o estado de Roraima inaugurou a iniciativa judiciária no intuito de reclamar perante o STF um mandamento judicial para determinar que a Ré, União Federal, assumisse o controle local da situação de emergência pelo reforço incisivo nos serviços de fronteira, providência de recursos financeiros ao estado de Roraima para manter assistência aos migrantes, e mesmo o fechamento temporário

1839 Ação Cível Originária (ACO) n. 3.121 Roraima(RR). Relatora: Min. Rosa Weber. Autor: Estado de Roraima. Réus: União Federal; Defensoria Pública da União; Am. Curiae: Associação Direitos Humanos em Rede - Conectas Direitos Humanos e Outros. Decisão Monocrática: Homologado acordo parcial – Pub. 02.12.2019.

da fronteira entre Brasil e Venezuela para evitar o agravamento da crise local.

Na decisão sobre a tutela provisória requerida (ACO 3121)¹⁸⁴⁰ a Sra. Ministra Rosa Weber indeferiu o pleito de fechamento da fronteira e de impedimento de entrada dos migrantes venezuelanos, com caudaloso fundamento nos princípios constitucionais brasileiros, nas normas internacionais de direitos humanos vigentes, e nas tradições diplomáticas brasileiras de acolhimento.

Ressalte-se nesse aspecto a adesão do Brasil ao Estatuto dos Refugiados da ONU¹⁸⁴¹, bem como a lei nº 9.474/1997, que implementa no ordenamento interno os dispositivos legais para recepção e controle institucional de migrantes qualificáveis como refugiados.

A situação local da fronteira Brasil-Venezuela, agravada pela a peculiaridade diplomática da situação internacional, bem como a investida judicial induziram extensa cobertura midiática aos acontecimentos e mobilizaram diversas entidades ativistas de direitos humanos e da sociedade civil, em apoio ao enfrentamento institucional do drama pela União Federal com aplicação do conteúdo humanista que caracterizam as relações internacionais atuais, sobretudo diante de contingentes humanos hipossuficientes econômicos.

O interesse das entidades ativistas de direitos humanos e sociedade civil no desfecho dos acontecimentos pode ser observado pela adesão de algumas dessas entidades na ação cível (ACO 3121) movida pelo estado de Roraima, sob a modalidade de *Amicus Curiae*, bem como pela iniciativa no mesmo sentido da Defensoria Pública da União, no exercício de sua função constitucional de defesa de necessitados.

Por sua vez, a ação institucional da União Federal no enfrentamento da crise ocorreu sobretudo pela atuação das Forças Armadas no implemento da denominada Operação Acolhida, ainda em andamento, que veio organizar as ações de assistência e controle da situação social na fronteira e demais regiões no estado de Roraima até sua estabilização.

No contexto judicial, a ACO 3121 prosseguiu com proposta de acordo do estado de Roraima, parcialmente aceita pela União Federal, no sentido de dar continuidade às ações institucionais em andamento, entre elas, a Operação Acolhida, prestar suporte técnico no preparo de pessoal de assistência social, e continuidade das parcerias instituídas e organizações da sociedade civil, nos termos da lei nº 13.019/2014. O acordo veio a ser homologado por decisão da Sra. Ministra Relatora em 02/12/2019.

O desfecho judicial da ACO 3121 no STF destaca a relevância dos instrumentos oferecidos pela lei nº 13.019/2014 para estimular ações integradas entre os aparelhos institucionais do Estado e as representações da sociedade civil.

1840 Ação Cível Originária (ACO) n. 3.121 Roraima(RR). Relatora: Min. Rosa Weber. Autor: Estado de Roraima. Réus: União Federal; Defensoria Pública da União; Am. Curiae: Associação Direitos Humanos em Rede - Conectas Direitos Humanos e Outros. Decisão Monocrática: Tutela Provisória – Pub. 08.08.2018.

1841 Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. Genebra, 28.07.1951. Aprov. Lei nº 9.474, de 22.07.1997.

Nesse sentido, recorde-se a importância contemporânea dessa integração, quando se observa o aumento da deficiência da representatividade (MARRAFON, 2016) das instituições parlamentares formais para atender as afluentes insatisfações sociais, que vêm incentivando o incremento de ações de mobilização da sociedade civil, em favor de atuação participativa com resultados efetivos em favor dos contingentes migratórios.

No caso, torna-se oportuno observar que a lei nº 13.019/2014 estimula parcerias voluntárias entre governo e organizações da sociedade civil, e se apresenta como instrumento hábil de integração entre representantes e representados políticos, uma vez que permite a abrangência de interesses públicos dirigidos a partir do governo ou de interesses visualizados ou destacados pelo ativismo das organizações civis, e até mesmo de iniciativas dessas últimas quanto a interesses comuns com os governos, que demandem apenas apoio institucional para seu implemento.

Através desse instrumento legal as entidades civis organizadas podem buscar apoio do governo para iniciativas autônomas como ocorreu na divulgação em Roraima do guia de informações e direitos dos refugiados e migrantes venezuelanos (SILVA, LAMY, 2019, p. 82), promovida pela Central Sindical e Popular com apoio da Pastoral da Terra.

Cabe destacar que a lei nº 13.019/2014 inova porque permite vínculos com modalidades diferentes de entidades de organizações não governamentais, que não se confundem com as OSCIP, que são atendidas pela lei nº 9.790/1999, nem com as OS que estão previstas pela lei nº 9.637/1998, que se vinculam com ações governamentais através de instrumentos diferentes para com essas entidades, que utilizam convênios ou contratos de gestão. (MENDONÇA, FALCÃO, 2016)

Nesse aspecto, a lei nº 13.019/2014 alterada pela lei nº 13.204/2015 admite modelos de parceria de colaboração ou de cooperação. Nas parcerias de colaboração está prevista a utilização de recursos públicos, e se estabelecem por instrumentos de vínculo que podem ser Termo de Colaboração (art. 2º VII), quando a proposta de parceria se origina no governo, e pode ser Termo de Fomento (art. 2º VIII), se a proposta de parceria se origina na organização da sociedade civil. Em adendo, a lei admite parceria de cooperação por meio de Acordo de Cooperação (art. 2º, VIII-A) quando não está prevista a utilização de recursos públicos e a proposta tem origem em iniciativa da organização de sociedade civil.

Observe-se que no Brasil, o problema dos refugiados se manifesta na forma aguda e crônica. A forma aguda ocorre como efeito de crises específicas causadas por instabilidades e agressões ocorridas em países estrangeiros, como aconteceu na Venezuela, no Haiti e Síria, que provocam caravanas repentinas de migrantes, em grandes quantidades de pessoas, sempre carentes e vulneráveis, e que sobrecarregam e desequilibram as comunidades e redes de assistência local.

Nas crises agudas, subsiste no início uma expectativa de problema temporário a ser suportado com solidariedade, mas o esperado retorno dos migrantes a seu país de origem, em verdade, nem sempre acontece ou reverte o refluxo apenas parcialmente.

A forma crônica de migração, menos traumática mas persistente, ocorre pela contínua entrada clandestina de pessoas vulneráveis, a exemplo de bolivianos e africanos, em busca de centros econômicos mais pujantes, onde o problema passa a ser o trabalho precário, com afetação do mercado de trabalho local. Essa forma crônica não costuma ser hostilizada de modo específico pelas comunidades locais.

Sendo assim, observa-se que a lei de parceria voluntárias pode funcionar em qualquer das situações de chegada de refugiados como instrumento de operação da democracia participativa, que costuma ser referida como modelo em construção inerente aos direitos humanos da quarta geração, que não pretende substituir por completo a representação formal, mas implantar complementos instrumentais de mobilização civil, que induzam a maior intervenção dos governados na governança mediante participação popular (AMARAL, 2001, p. 48). Não se trata de democracia direta, mas democracia semidireta, onde representantes e representados constroem meios de comunicação e operação conjuntos, mais sólidos em busca do bem comum.

Alguns desses instrumentos já estão previstos na constituição brasileira, a exemplo do referendo e da ação popular, e outros podem vir a ser incentivados, como a co-gestão e a assistência cooperativa, que podem ser entrevistas nos dispositivos da lei nº 13.019/ 2014.

Essas organizações da sociedade civil, assim como suas co-irmãs OSCIP e OS, embora necessitem de instituição civil oficial para operar em vínculos públicos, em verdade, se constituem como expressões de interesses e movimentos sociais, que assumem personalidade e capacidade jurídica a partir de seu ativismo sócio-político, mesmo na ausência de instrumento formal, a depender da sensibilidade dos valores que incorporam, representando os atuais denominados sujeitos coletivos de direito (SOUZA JR, 1999, p. 258).

Nesse caso, cabe estimular a participação efetiva da sociedade civil na recepção e inclusão dos novos migrantes, sejam eles os legais ou ilegais (PREBIANCA, 2011, p. 160), evitando a frustração dos esforços institucionais, solitariamente promovidos pelo Estado, e sobretudo distantes do sentimento de solidariedade comunitária, porque esses esforços são percebidos como cumprimento de normas não impregnadas nas relações sociais intrínsecas à vivência daquela comunidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, urge reconhecer as limitações humanas falíveis e que contribuem para que o direito internacional, não tenha conseguido alcançar a mesma velocidade das mudanças e inovações tecnológicas e de informações, e afastar os países membros da sociedade in-

ternacional, sobretudo os desenvolvidos, de uma postura cada vez mais individual e egoísta.

Observe-se que até mesmo o bloco comunitário mais estruturado, no caso, a União Européia, diante da realidade contemporânea, enfrenta crises com a grande movimentação de enormes contingentes de populações inteiras e, por consequência, com os atuais apátridas, refugiados, imigrantes com vistos humanitários ou irregulares.

Assim, a princípio, deve haver o acompanhamento e fiscalização dos Organismos Internacionais, uma vez que dotados de legitimidade para adotar e aplicar, o mais rápido, medidas como sanções comerciais, recomendações de barreiras alfandegárias para responsabilizar governos e submetê-los a jurisdição dos órgãos de justiça internacionais, principalmente, no que diz respeito a graves violações de Direitos Humanos dentro dos países de origem dos migrantes, uma vez que essas violações, além de infringirem a Declaração Universal dos Direitos do Homem, acabam por ser o fato ensejador da fuga de pessoas que, sem contar com outra alternativa, acabam deixando tudo o que conquistaram para trás, em notórias situações de risco e até se submetendo a condições deploráveis das suas próprias existências.

Essa atuação deve ser inclusive preventiva e uma vez constatada a ocorrência fática de violações, e agir de forma repressiva, até mesmo contra Chefes de Estado nas hipóteses mais graves em que se configuram em crime contra a humanidade, como já houve precedente em condenações de Cortes Internacionais de Justiça.

A intervenção de organismos internacionais deve ser também agilizada para solução dos casos de violações a direitos humanos por questões ideológico-partidárias nos países de origem, e diante da fuga em massa por fronteiras vizinhas, uma vez que, diante do respeito que cada país tem de observar quanto a autonomia governamental do outro país, por conta dos princípios internacionais da autonomia e da não intervenção, uma vez havendo o confronto de interesses do Estado que está recebendo grande quantidade de pessoas e tem de lhe assegurar condições mínimas de sobrevivência, e do outro Estado, que indiferente ao sofrimento dos seus próprios nacionais, continua omissa para fazer cessar a abrupta saída, não raro com o propósito de se livrar de eventuais dissidentes do governo ou do governante que está instalado.

Na recente realidade sul-americana, cabe recordar que o MERCOSUL, malgrado instituído com pretensões econômicas, consagra a cláusula democrática, e por isso afastou a Venezuela do bloco, uma vez que esse país viola esse princípio e que continua desrespeitando direitos humanos essenciais dos seus cidadãos obrigados a sair do seu próprio país.

Entretanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ser acionada por qualquer um dos Estados que a referendaram internamente em seus ordenamentos jurídicos, com lastro em princípios, tais como a dignidade humana e solidariedade universais, expressos na declaração dos direitos do homem, já reconhecidos em vários

julgados junto a Cortes Internacionais de Direitos Humanos das Organizações das Nações Unidas, e pode e deve agir para preservar as condições mínimas aos seres humanos haitianos, venezuelanos, bolivianos, em situação de convulsão interna.

Nesse sentido, atendendo-se a princípios como o da dignidade humana, o solidarismo e a fraternidade universais, e através do direito ao cooperativismo inserido no Direito Internacional, no qual também se aplica a lógica do dever-ser, cabe prosseguir na análise para definir os instrumentos apropriados para atingir o resultado esperado de garantir a eficácia plena do sistema internacional dos direitos humanos.

Nesse sentido, cabe estimular a mobilização da sociedade civil de cada país na recepção e inclusão dos novos migrantes, sejam eles os legais ou ilegais, evitando a frustração dos esforços institucionais, solitariamente promovidos pelo Estado e distantes do sentimento de solidariedade comunitária que deve contagiar as comunidades locais receptoras dos migrantes vulneráveis.

Ações puramente institucionais como a Operação Acolhida, embora fundamentais inclusive para demonstrar cumprimento de normas internacionais, em verdade, estão destinadas ao esgotamento e desgaste, e possuem duração com limite temporal reduzido. Essas operações devem receber prazo médio definido, de dois a três anos, no qual se inclui a tarefa de seleção de parceiros não institucionais para assumir a tarefa na etapa seguinte. Por isso a necessária parceria com as entidades de sociedade civil, que seriam as sucessoras definitivas do trabalho de inclusão dos refugiados em longo prazo.

Nesse sentido, o acolhimento desses migrantes forçados deve seguir a lógica das intervenções humanitárias da ONU e de outros organismos internacionais, ou seja, estabelecer um horizonte temporal de intervenção, assumindo de início a liderança das operações de acolhimento, mas com objetivo final de repasse dos trabalhos para as organizações da sociedade civil, então preparadas para finalizar a tarefa de acomodação dos migrantes deslocados e assumir assistência permanente, incluídas nas redes de serviço social disponíveis no país para os nacionais também carentes.

Observa-se então que as parcerias voluntárias entre governo e sociedade civil funcionam como instrumento de operação da democracia participativa, tão reclamada nos tempos atuais de frustrações econômicas e de bem estar dos povos, mas demanda instrumentos efetivos e criativos para seu incentivo, como a co-gestão e a cooperação em interesses sociais e públicos.

Por sua vez, as organizações da sociedade civil representam a legítima expressão do ativismo político necessário na dinâmica das relações internas dos países e mesmo no âmbito coletivo externo a estes, como se verifica nos interesses ambientais e em áreas globais de exploração comum.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Roberto. A Democracia Representativa está morta: Viva Democracia Participativa!. In *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Org. Eros R Grau e Willis S Guerra Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BAUMANN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BAUMANN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- CAPUCIO, Camilla. A Modernidade, a Pós-Modernidade e o Direito Internacional: revisão habermasiana do projeto kantiano em um contexto de constelação pós-nacional. In *Dialogos com o Direito Internacional*, Vol. II. Org. David Org. David França Ribeiro de Carvalho. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.
- FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Internacional. Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.
- LASMAR, Jorge M. Quando o Não Obrigatório se torna vinculante: reflexões sobre a natureza jurídica dos Pareceres Consultivos da Corte Internacional de Justiça. In *Dialogos com o Direito Internacional*, Vol. I. Org. David França Ribeiro de Carvalho. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.
- LIMA, Luciana Vieira. Inabilidade da Opinião Pública brasileira em compreender os direitos humanos: ressignificação crítica ante a fragilidade da institucionalização. In *Direitos Humanos de Efetividade: Fundamentação e Processos Participativos*, p. 137-157, Coord. Rubens Beçak, Vladimir O da Silveira, Fernanda B Ferreira. Anais do XXVIII Encontro Nacional do Conpedi. Goiania: Conpedi, 2019.
- MARRAFON, Marco Aurélio. Participação social e inovações marcam Lei das Organizações da Sociedade Civil. In *Revista Consultor Jurídico* (digital), www.conjur.com.br, 2016.<acesso em 07.02.2020>
- MELO, Monica de, PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos nos Direitos Civis e Políticos. In *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MENDONÇA, Patrícia, FALCÃO, Domenica Silva. Novo Marco Regulatório para realização de parcerias entre Estado e Organizações da Sociedade Civil (OSC): inovação ou peso do passado. In *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 21, n. 68, p. 43-60. São Paulo: FGV, 2016.<acesso em 07.02.2020>
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 9ªed. São Paulo: Atlas, 2011.
- NASCIMENTO, Jefferson Rodrigo do. O direito a um recurso efetivo no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In *Integração e Cidadania Européia*. Org. Thomas Richter e Rainer Schmidt. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário*. 10ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2018
- PREBIANCA, Leticia. Livre Circulação de Pessoas e Cidadania da União Européia. In *Integração e Cidadania Européia*. Org. Thomas Richter e Rainer Schmidt. São Paulo; Saraiva, 2011.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana; conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2016.
- SILVA, José Carlos Loureiro da. LAMY, Marcelo. Deslocamentos humanos e saúde: o caso dos imigrantes venezuelanos no Brasil. In *Direitos Sociais e Políticas Públicas I*, p. 74-90, Coord. Giovani S Corrado, Janaína M Sturza, Suzy Elizabeth C Koury. Anais do XXVIII Congresso Nacional do Conpedi. Belém: Conpedi, 2019.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana; em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010
- SOUZA JR, José Geraldo de. Movimentos Sociais – Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito. In *Sociologia e Direito*, 2ª ed. Org. Claudio Souto e Joaquim Falcão. São Paulo editora Pioneira, 1999.,
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

A CONVENÇÃO AMERICANA E O RECONHECIMENTO ÀS PESSOAS LGBTQI+

Álvaro Ricardo de Souza Cruz
Bruno Santos Arantes Vieira

RESUMO: Neste artigo, pretendemos discutir alguns aspectos atinentes ao reconhecimento e à proteção dos direitos humanos conferidos às pessoas LGBTQI+ no continente americano, em especial a partir do disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos e da jurisprudência da respectiva Corte Regional de Direitos Humanos. Com esse objetivo, estudaremos os casos: *Atala Ríffo c. Chile*, *Duque c. Colômbia*, *Homero Flor Freire c. Equador* e *Azul Rojas Marín c. Peru*, bem como a Opinião Consultiva nº 24. Além disso, buscaremos analisar decisões proferidas pelos tribunais brasileiros em contextos similares, de modo a evidenciar o paralelismo de ambas as jurisprudências.

PALAVRAS-CHAVE: Identidade de gênero. Orientação sexual. Reconhecimento. Jurisprudência interamericana.

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2. O caso *Atala Ríffo c. Chile* e a proteção de famílias não tradicionais; 2.1 A adoção de crianças e adolescentes por homossexuais no ordenamento brasileiro; 3. O caso *Duque c. Colômbia* e o reconhecimento das uniões civis homossexuais; 3.1 O reconhecimento da união civil homossexual no Brasil; 4. O caso *Homero Flor Freire c. Equador*; 4.1 A discriminação dos homossexuais no Código Penal Militar; 5. Caso *Azul Rojas Marín c. Peru* e detenção arbitrária de pessoas LGBTQI+; 5.1. O direito das transexuais femininas ao cumprimento de pena em estabelecimentos adequados à sua identidade de gênero; 6. A Opinião Consultiva nº 24; 6.1 O reconhecimento da alteração de nome e gênero no registro civil por transexuais no Brasil; 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo, serão discutidos alguns aspectos atinentes ao reconhecimento e à proteção dos direitos humanos conferidos às pessoas que se enquadram como LGBTQI+ no continente americano, em especial a partir do disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos e da jurisprudência da respectiva Corte Regional de Direitos Humanos. Ademais estabeleceremos paralelos com a aplicação do direito interno brasileiro para a tutela de tais pessoas, em especial a partir da análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em casos cujos contextos foram similares aos anteriores, de forma a destacar o paralelismo entre a jurisprudência nacional e a internacional.

Nesse sentido, analisaremos os casos contenciosos *Atala Ríffo vs. Chile*, *Duque vs. Colômbia*, *Homero Flor Freire vs. Equador* e *Azul Rojas Marín vs Peru*, os quais

tratam de diversos aspectos ligados a essa parcela vulnerável da sociedade. Também será objeto de estudo, a Orientação Consultiva nº 24 que aborda a proteção jurídica a ser conferida aos casais homossexuais e à identidade de gênero.

No âmbito do direito brasileiro, estudaremos as decisões proferidas nos Recursos Especiais nº 889.852 e 1.281.093, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 291, na medida cautelar na ADPF 527 e na ADI 4275.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Pacto de San José, assinado em 1969 e cujo teor ainda não foi ratificado internamente por todos os países que compõem a Organização dos Estados Americanos, não contempla qualquer preceito protegendo de forma específica esses cidadãos em condições de vulnerabilidade. No mesmo diapasão, também não se encontra qualquer tutela especializada na Convenção Europeia de Direitos Humanos ou na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Lado outro no âmbito do sistema onusiano, o documento internacional que tutela os direitos das pessoas LGBTQI+, qual seja: os Princípios de Yogyakarta, não é dotado de eficácia vinculante, sendo considerado apenas *soft law*.

Como pontua Carmelo Cattafi, *soft law* ou “direito brando” é aquele instrumento jurídico que se caracteriza por não ser de observância obrigatória para os Estados, mas cujo conteúdo pode fazer referência a obrigações internacionais. No mesmo sentido, Valério Mazuolli esclarece que a principal característica dessas normas é “a flexibilidade de que são dotadas (à diferença das obrigações *erga omnes* e das normas de *jus cogens*, cujos comandos são em tudo rígidos)”. (MAZUOLLI, 2015,p.173).

Ademais, André de Carvalho Ramos, acrescenta que os Princípios de Yogyakarta representam um importante vetor de interpretação do direito à igualdade e do combate à discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero. Assim, a despeito de não vincular os Estados Nacionais, os referidos princípios são dotados de relevância prática, não se limitando a uma “Carta de Intenções”.

Nesse diapasão, os Princípios de Yogyakarta já foram invocados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como um dos fundamentos para a responsabilização internacional da Colômbia pela violação aos direitos humanos do senhor Ángel Alberto Duque, cujo direito ao recebimento de pensão previdenciária foi negado em razão da orientação sexual¹⁸⁴².

Outrossim, foram invocados também para o reconhecimento de que a orientação sexual e a identidade de gênero estão tuteladas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, por conseguinte, os Estados devem tomar medidas para garantir todos os direitos derivados da relação familiar entre pessoas homossexuais, bem como para per-

1842 Vide parágrafo 110 da sentença proferida no caso concreto.

mitir a alteração do nome e do gênero no registro civil de forma a torná-lo compatível com a identidade de gênero autopercebida, independentemente de cirurgia de redesignação sexual ou tratamento hormonal¹⁸⁴³.

Da mesma maneira, o Supremo Tribunal Federal invocou os referidos princípios para reconhecer: (i) valor jurídico à existência de uniões civis homoafetivas; (ii) o direito dos transexuais à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil independentemente de procedimento cirúrgico; (iii) a tipificação da homofobia e da transfobia como espécies do delito de racismo; (iv) a transferência de transexuais femininas para presídios femininos. Tais manifestações ocorreram respectivamente por meio do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4277 e 4275, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26¹⁸⁴⁴ e da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527.

Apesar disso, segundo dados da Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex, Irã, Arábia Saudita, Iêmen, Sudão, Somália e Nigéria, países os quais integram a Organização das Nações Unidas, impõem pena de morte para pessoas que pratiquem atos sexuais consentidos com pessoas do mesmo sexo.

Ademais, existe um país latino-americano submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos o qual penaliza com prisão perpétua a realização de relações sexuais homossexuais consentidas, qual seja: Barbados. A violência contra as pessoas LGBTQI+, além de física, é também simbólica. Isso porque a lei que criminaliza a simples expressão da orientação sexual entendida como “desviante” utiliza o termo pejorativo sodomia.

Tornando ao âmbito do sistema regional de Direitos Humanos, saliente-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos maneja os artigos 3, 7.1, 11.2 e 18 do Pacto de San José que tutelam respectivamente o reconhecimento da personalidade jurídica, a liberdade pessoal, a vida privada e o direito ao nome, bem como o artigo 1.1 o qual veda a discriminação por qualquer condição social, para salvaguardar os direitos das pessoas LGBTQI+.

2. O CASO ATALA RIFFO C. CHILE E A PROTEÇÃO DE FAMÍLIAS NÃO TRADICIONAIS

Este caso recebeu notoriedade em razão de seu caráter pioneiro, pois foi a primeira vez que a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu uma sentença

1843 Vide parágrafos 112, 129, 138, 148, 155 e 196 da Opinião Consultiva 24/2017.

1844 Essa última foi indubitavelmente a mais polêmica das decisões proferidas sobre a temática, em especial por conta da realização de uma suposta analogia *in malam partem* que violaria o princípio constitucional e convencional da legalidade em matéria penal. A referida alegação foi rechaçada pela Suprema Corte que afirmou estar realizando uma interpretação extensiva e conforme a constituição do conceito de raça previsto no artigo 20 da lei 7.716. Contudo, no presente trabalho, não aprofundaremos nessa discussão que merece um artigo que lhe seja integralmente dedicado.

reconhecendo a responsabilidade internacional do Estado em razão de violação atinente à orientação sexual ou à identidade de gênero.

Eis o resumo substancial dos fatos: a senhora Atala Riffo separou-se de fato do senhor Ricardo Jaime López Allendes, com quem teve três filhas menores. Como parte do acordo decidiu-se que a guarda das crianças ficaria com a mãe, porém, posteriormente, em virtude do estabelecimento de união estável homossexual, o pai requereu judicialmente que a guarda das crianças lhe fosse outorgada.

Em 2004, ao final do processo judicial, a Corte Suprema de Justiça do Chile deferiu o referido pleito, embasando a decisão em um suposto risco ao desenvolvimento integral das crianças em função da possibilidade de confusão quanto aos papéis sexuais decorrente da substituição da figura paterna por uma segunda pessoa do gênero feminino. Pontuou ainda a existência de um estado de vulnerabilidade social, pois o núcleo familiar heterodoxo do qual faziam parte se diferenciava substancialmente daqueles de seus vizinhos e colegas de escola, expondo-as ao isolamento e à discriminação. Dessa forma, segundo a referida Corte, a transferência da guarda das menores ao pai seria uma exigência do superior interesse das crianças, justificando, assim, o afastamento do artigo 225 do Código Civil chileno que previa uma preferência do exercício desse poder familiar à mãe, ressalvados os casos de acordo ou de interesse urgente dos menores em razão de abuso, maus-tratos ou outra causa qualificada¹⁸⁴⁵.

Todos esses argumentos foram rechaçados pela Corte Interamericana que reconheceu a responsabilidade internacional do Chile, em face do tratamento discriminatório imposto à Atala Riffo e às suas filhas.

Quanto à exigência do superior interesse das crianças, salientou que no contexto da atribuição de guarda deve-se avaliar comportamentos concretos, específicos e lesivos dos guardiões, ao invés de se fundar em presunções, especulações e estereótipos sobre a sua orientação sexual. Apontou ainda que os Estados devem atuar positivamente para coibir medidas discriminatórias no âmbito da sociedade e não usá-las como fundamento jurídico para restringir direitos de pessoas vulneráveis.

No atinente ao risco ao desenvolvimento integral, frisou que uma série de estudos científicos concluiu que a convivência de crianças com pais homossexuais não afeta, simplesmente por essa condição, o seu desenvolvimento emocional e psicológico. Ressaltou ainda que o fato de viver com a mãe e a companheira não privava as crianças de conviver com o pai que exercia o direito de visita e podia desempenhar a contento o papel paterno.

Por fim, destacou que a Convenção tutela de forma ampla a família, ao invés de

¹⁸⁴⁵ Nove anos após a decisão da Suprema Corte, o artigo 225 do Código Civil foi alterado e passou a conceder preferência à guarda compartilhada. Caso não haja acordo nesse sentido, a princípio, esse poder familiar será estabelecido em favor daquele genitor com quem a criança esteja convivendo no momento. Como motivação para alteração, o projeto de lei faz expressa alusão à ilegítima desigualdade entre homens e mulheres propiciada pela redação original do artigo. Vide: <https://www.bcn.cl/historiadelaey/nc/historia-de-la-ley/6119/>

proteger um conceito restritivo, específico e estereotipado de unidade familiar, como havia sustentado a Suprema Corte do Chile.

Assim, a Corte Interamericana considerou que houve violação ao direito de não ser discriminado, à honra e à dignidade, à proteção da família e das crianças e à igualdade perante a lei, dispostos nos artigos 1.1, 11.2, 17, 19 e 24 do Pacto de San José.

Lado outro, não foi reconhecida a violação da garantia judicial de imparcialidade. Pontuou-se que não houve a produção de elemento probatório específico e concreto que evidenciasse de forma cristalina que os magistrados chilenos foram influenciados por aspectos ou critérios alheios às normas legais.

Com as devidas vênias, é contraditório que haja o reconhecimento das anteriores violações à Convenção em razão do preconceito e da discriminação existentes na decisão da Suprema Corte chilena, mas se negue que os juízes proferiram tal decisão apartando-se de critérios jurídico-legais.

Nesse mesmo diapasão, é a crítica do jurista argentino Mariano Fernández Valle.

De tal modo, el criterio transcrito sugiere que es posible hallar discriminatoria una sentencia o razonamiento judicial por uso de estereotipos y prejuicios sin que de ello se siga una violación a las garantías judiciales y, en particular, al principio de imparcialidad judicial, aspecto desde mi perspectiva cuestionable.

Por otra parte, cabe también la pregunta si respecto de este tipo de casos, anclados precisamente en contextos discriminatorios contra colectivos LGBT que la Corte tuvo por probados, es posible predicar el principio general según el cual la “imparcialidad subjetiva” de las autoridades se presume. (VALLE, 2018)¹⁸⁴⁶.

Assim, a Corte Interamericana condenou o Estado chileno a: i) prestar assistência médica e psicológica gratuitas à senhora Atala Riffo e às suas filhas; ii) publicar a supracitada sentença condenatória, bem como a realizar um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional; iii) adotar medidas de vocação transformadora consistentes na promoção de cursos de capacitação a funcionários públicos contendo tópicos de direitos humanos, em especial da população LGBTQI+ com menção específica à sentença proferida no presente caso; iv) pagar indenização por danos materiais e imateriais.

Conforme a Resolução de supervisão de cumprimento de sentença proferida pela Corte Interamericana em 10 de fevereiro de 2017, ainda se encontra pendente de cumprimento a medida de promoção de cursos permanentes de educação e capacitação a funcionários públicos em direitos humanos. Lado outro, as demais medidas foram cumpridas adequadamente.

1846 Tradução nossa: De tal modo, o critério transcrito sugere que é possível considerar discriminatória uma sentença ou outro ato jurisdicional pelo uso de estereótipos e preconceitos sem a consequente violação às garantias judiciais e, em particular, ao princípio da imparcialidade judicial, aspecto desde a minha perspectiva questionável.

Por outro lado, cabe também o seguinte questionamento: uma vez que tais casos estão inseridos precisamente em contextos discriminatórios contra coletivos LGBT que a Corte considerou provados, não seria possível afastar o princípio geral segundo o qual a imparcialidade subjetiva das autoridades é presumida?

2.1 A ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR HOMOSSEXUAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Um tema que guarda estreita correlação com o precedente discutido no tópico anterior é a possibilidade da adoção de crianças e adolescentes por pessoas homossexuais.

Inicialmente, frise-se que os artigos 226 e 227 da Constituição tutelam a família de forma ampla, em rol exemplificativo, o que inclui a união estável e a família monoparental, bem como asseguram uma primazia à proteção integral dos direitos das crianças e adolescentes.

No que atine especificamente à adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, no artigo 43, que ela deve apresentar reais vantagens ao adotando. Diante disso, os Ministérios Públicos dos Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul questionaram perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio da interposição de Recursos Especiais, a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais.

Em ambas as oportunidades, a Corte Superior, por meio das duas Turmas que julgam matérias de direito privado, atestou a viabilidade jurídica dessa modalidade de adoção. Ainda que não façam alusão ao caso *Atala Rizzo*¹⁸⁴⁷, é notória a semelhança dos argumentos esgrimidos pelo STJ e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, o STJ também enfatizou a existência de diversos estudos que concluíram pela inexistência de alterações psicossociais em menores criados por pessoas ou casais homossexuais, bem como a impossibilidade da persistência de preconceitos sociais inviabilizarem o exercício de direitos em igualdade de condições.

Dessarte, a Corte Superior perdeu a oportunidade de realizar um controle de convencionalidade da norma disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente e da atuação administrativa que havia permitido a referida modalidade de adoção. Dalmo Dallari, há décadas, já apontava como uma das dificuldades do direito brasileiro em absorver os direitos humanos, o fato de nossa Administração Pública e Poder Judiciário serem voltados exclusivamente para o direito interno.

A falta de conexão empobrece o debate interno e nos faz pensar que estamos “inventando a roda”, enquanto o tema já encontra precedentes lá fora. Por outro lado, a conexão reforça a proteção aos direitos humanos em um período de ultraconservadorismo que os critica a partir da concepção de “ditadura do politicamente correto” ou da “ditadura das minorias”.

¹⁸⁴⁷ O primeiro julgado estava impedido cronologicamente de fazer referência ao precedente internacional, pois foi proferido e publicado anteriormente a ele.

3. O CASO DUQUE C. COLÔMBIA E O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES CIVIS HOMOSSEXUAIS

Esse precedente refere-se à possibilidade do cônjuge ou companheiro homossexual sobrevivente receber pensão em decorrência do óbito do parceiro ou parceira e, reflexamente, discute o reconhecimento jurídico das uniões civis homossexuais.

Em abril de 2002, foi negado administrativamente o pedido de Alberto Duque ao argumento de que a legislação de seguridade social colombiana não atribuía ao companheiro homossexual a condição de beneficiário. Dessa forma, a vítima acionou o Poder Judiciário, mas obteve semelhante resposta, ainda ao longo de 2002.

Posteriormente, em 2005, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu petição denunciando a violação estatal ao Pacto de San José. Durante a tramitação do procedimento internacional, o Estado alegou a preliminar de não esgotamento dos recursos internos, aduzindo que, entre 2008 e 2010, houve alteração da normatividade colombiana a partir de decisões da Corte Constitucional que reconheceram os cônjuges ou companheiros homossexuais como beneficiários da pensão por morte.

Apesar disso, em razão de peculiaridades na tramitação do caso, a Corte Interamericana entendeu que a exceção preliminar não foi devidamente alegada no momento processual oportuno e, conseqüentemente, analisou a responsabilidade internacional do Estado. Ademais, ressaltou-se que não é possível afirmar categoricamente que a referida alteração seria capaz de sanar completamente os efeitos do ilícito internacional, uma vez que a seguradora responsável pelo pagamento da pensão poderia alegar a prescrição de certas parcelas retroativas.

Dessarte, a Corte reconheceu a violação ao direito a não ser discriminado, tutelado pelo artigo 1.1 combinado com o artigo 24 da Convenção. Porém, a referida reviravolta jurisprudencial no âmbito interno provocada pela Corte Constitucional da Colômbia, repercutiu no tratamento dado pela Corte Interamericana no atinente às reparações. No caso Atala Riffo, determinou-se que as reparações deveriam ter também um caráter transformador visando a alterações estruturais que desarticulem práticas preconceituosas reiteradas. Tal aspecto não se repetiu nas reparações determinadas no caso Duque vs Colômbia.

Todavia, assim como no caso Atala Riffo, não se constatou desrespeito à garantia da imparcialidade dos juízes, uma vez que não houve a produção de prova específica demonstrando cabalmente que os magistrados se apartaram de critérios jurídicos para solucionar a demanda.

Saliente-se que para chegar à conclusão de tratamento discriminatório em relação à proteção previdenciária negada aos casais homossexuais, a Corte Interamericana analisou a situação jurídica de diversos países da região e citou legislações e decisões

judiciais que lhes estenderam a referida proteção, inclusive a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277.

Assim, realizou-se um diálogo entre Cortes, reforçando a noção de complementariedade na proteção de direitos humanos entre o sistema interno e o sistema regional.

Aludiu ainda ao conteúdo do princípio nº 13 dos Princípios de Yogyakarta, segundo o qual todas as pessoas possuem direito à seguridade social e a outras medidas de proteção social, sem que haja discriminação em razão de orientação sexual ou identidade de gênero. Segundo a referida norma, o Estado deve adotar as medidas legais e administrativas necessárias para efetivar tal direito.

Portanto, a Corte Interamericana condenou o Estado colombiano a: i) analisar a concessão do direito à pensão por morte em um prazo de 3 meses após a solicitação do senhor Alberto Duque e, em caso de concedê-la, pagar a soma equivalente às parcelas devidas desde 3 de abril de 2002 devidamente corrigidas; (ii) publicar a supracitada sentença condenatória; iii) pagar indenização por danos imateriais.

Segundo a Resolução de supervisão de cumprimento de sentença proferida pela Corte Interamericana em 12 de março de 2020, todas as medidas foram cumpridas pelo Estado.

Esse fato é notável, pois, conforme atestam as juristas Luisa Espinosa e Karen Lozada, a Colômbia cumpriu apenas 52% de todas as medidas de satisfação ordenadas pela Corte Interamericana em todos os casos no qual foi reconhecida a sua responsabilidade internacional. Destaque-se que o grau de cumprimento varia enormemente em conformidade com o tipo de medida determinada, uma vez que todas aquelas referentes à publicação e à difusão de sentença foram cumpridas, ao passo que nenhuma das atreladas à busca de pessoas desaparecidas e à entrega de restos mortais haviam sido cumpridas até o primeiro semestre de 2019, quando o artigo das autoras colombianas foi publicado.

3.1 O RECONHECIMENTO DA UNIÃO CIVIL HOMOSSEXUAL NO BRASIL

O artigo 226 da Constituição reconhece a união estável entre um homem e uma mulher como entidade familiar e prevê ainda que a lei deve favorecer sua conversão em casamento. Em sentido similar, o artigo 1.723 do Código Civil define o referido instituto jurídico como uma convivência pública, contínua, duradoura e com a intenção de constituir família, formada por um homem e uma mulher. Diante de tais normas, negou-se, por muito tempo, reconhecimento jurídico às uniões civis homossexuais e, por conseguinte, a concessão de pensão previdenciária originada do óbito do parceiro ou parceira.

Essa situação alterou-se em 2011, quando o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e atribuiu interpretação conforme a

Constituição ao referido artigo do Código Civil, conferindo status jurídico de família às uniões de pessoas do mesmo sexo. Salientou a proibição da discriminação das pessoas em razão da orientação sexual, como expressão dos valores da dignidade humana, do pluralismo e da autonomia da vontade.

Pontuou ainda que o artigo 226 da Constituição não estabelece um rol exaustivo de situações idôneas a constituir família, apenas exemplifica algumas relações jurídicas horizontais e não hierarquizadas no âmbito da sociedade como expressões de família, no intuito de superar a renitência patriarcal dos costumes brasileiros.

Consideramos o resultado do julgamento digno de aplausos, tanto que a decisão foi inscrita como patrimônio documental da humanidade pela UNESCO¹⁸⁴⁸ e expressamente citada pela Corte Interamericana na Opinião Consultiva nº 24¹⁸⁴⁹ e no caso *Duque vs Colômbia* acima citado.

4. O CASO HOMERO FLOR FREIRE C. ECUADOR

Em 19 de novembro de 2000, nas instalações do Forte Militar Amazonas, o tenente Homero Flor Freire teria sido surpreendido, em seu quarto, por testemunhas, durante a prática de relação sexual homossexual com um soldado. De acordo com o artigo 117 do Regulamento Militar, em vigor à época dos fatos¹⁸⁵⁰, essa conduta era passível de sanção com a pena de desligamento das Forças Armadas.

Lado outro, o Senhor Freire argumenta que estava cumprindo regularmente o exercício de suas funções, próximo ao estabelecimento Coliseu Maior, quando encontrou o soldado embriagado e discutindo com pessoas que frequentavam um baile no referido estabelecimento. Diante disso, a fim de resguardar a integridade física do soldado, bem como a honra e o prestígio das Forças Armadas, trasladou-o até o seu quarto onde havia uma cama extra na qual ele poderia dormir.

A despeito da justificativa apresentada pelo militar, no dia seguinte, o Comandante da Quarta Zona Militar ordenou-lhe que entregasse as responsabilidades do cargo, bem como o quarto da residência de oficiais solteiros que ocupava. Além disso, ele foi submetido a um processo disciplinar para averiguação de sua responsabilidade disciplinar e aplicação de eventual punição.

Convém ressaltar que em tal procedimento administrativo, o Comandante da Zona Militar atua como Juiz de Direito e, conseqüentemente, valora a prova produzida nas fases

1848 Vide <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398482>

1849 Vide parágrafo 209 da referida Opinião Consultiva.

1850 Posteriormente, foi eliminada a referência aos atos homossexuais do referido artigo que faz alusão também ao consumo ou ao comércio de drogas ou estupefacientes. Isso não quer dizer que a prática de atos sexuais homossexuais no interior de repartições militares deixou de ser um ilícito administrativo, pois permanece a validade do artigo 67 do Regulamento Militar que proíbe a prática de atos sexuais em geral, sem qualquer discriminação em razão de sexo ou orientação sexual.

procedimentais anteriores e define a responsabilidade do investigado. Porém, a atribuição para decidir definitivamente sobre o desligamento compete ao Conselho de Oficiais.

Retornando ao caso em tela, em síntese, a pena de desligamento foi aplicada pelas autoridades administrativas competentes e confirmada pelo Poder Judiciário que denegou o recurso de amparo interposto.

O presente caso apresenta algumas peculiaridades em relação aos analisados anteriormente. A primeira delas é que a vítima da violação do direito pelo Estado do Equador negou tanto a prática do ato sexual que lhe acarretou o desligamento das Forças Armadas como a condição de homossexual. Diante disso, a Corte entendeu que não cabe a ela avaliar esta declaração do senhor Homero Flor Freire, pois a orientação sexual, na condição de expressão da personalidade e da autonomia pessoal, é autodefinida.

Todavia, na sentença proferida em 31 de agosto de 2016, a Corte considerou-se competente para julgar a responsabilidade estatal em razão da discriminação reproduzida em função da orientação sexual. Isso porque o referido *discrimen* ilegítimo pode ser decorrente de um preconceito real ou percebido equivocadamente pela sociedade.

Outra peculiaridade do caso é que o Equador adotou espontaneamente algumas das recomendações expedidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Informe de Fundo¹⁸⁵¹, quais sejam: o Estado realizou um ato de desculpas públicas com a inauguração de uma placa no *hall* de ingresso principal do edifício do Comando Geral do Exército na qual se reconhece que a dispensa do senhor Flor Freire foi discriminatória, bem como publicou no site do Ministério da Defesa Nacional uma mensagem se desculando com a vítima pelo ato discriminatório referido.

A despeito de valorar expressamente as ações do Estado, a Corte as considerou insuficientes para reconhecer o saneamento das violações causadas à vítima. Porém, destaca-se que esse esforço de cumprimento espontâneo repercutiu na forma de reparação do dano, uma vez que o Equador não foi condenado a adotar medidas para assegurar a não repetição da violação.

Dessa forma a Corte reconheceu a atuação discriminatória do Estado, uma vez que, conforme o Regulamento Disciplinar Militar então vigente, a punição aplicada aos atos sexuais homossexuais era mais ampla e mais gravosa do que a cominada aos atos sexuais heterossexuais.

Isso porque a primeira modalidade de ato era sancionada com o desligamento das Forças Armadas, independentemente do local e do contexto em que praticada. Lado

1851 Em suma, o processo de acesso ao sistema interamericano de direitos humanos é composto por duas fases. A primeira se desenrola perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que analisa a admissibilidade do caso, desenvolve a atividade probatória e, se entender que o Estado é internacionalmente responsável pela violação aos direitos humanos narrados, emite o Informe de Fundo com recomendações. Caso o Estado cumpra espontaneamente e de forma efetiva tais recomendações, o processo é encerrado. Se não, o processo é encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos que decide de forma definitiva e sem possibilidade de recurso sobre a responsabilidade estatal.

outro, os atos sexuais heterossexuais eram apenados, apenas se cometidos dentro das instalações militares, com prisão militar e suspensão das funções militares, ambas por, no máximo, 30 dias.

A Corte Interamericana apontou a razoabilidade e a admissibilidade na imposição de medidas restritivas ao exercício da sexualidade no interior das Forças Armadas, com o intuito de preservar a disciplina militar, mas reconheceu o caráter discriminatório da medida em razão das diferenças de alcance e de gravidade das sanções impostas aos atos heterossexuais e aos homossexuais. Ressaltou ainda que esse *discrimen* ilegítimo tinha como efeito a exclusão dos homossexuais da carreira militar.

Dessarte, reconheceu-se a violação ao direito a não ser discriminado, bem como do direito à honra, tutelados respectivamente pelo artigo 1 combinado com o artigo 24 da e pelo artigo 11. 1 da Convenção.

Por fim, a última peculiaridade deste caso em relação aos demais casos narrados consiste no reconhecimento da violação à imparcialidade judicial, salvaguardada pelo artigo 8.1 do Pacto de San Jose. Porém, não se cogita de uma eventual reviravolta jurisprudencial nos *standards* estabelecidos pela Corte, pois a responsabilidade estatal não decorreu da discriminação e dos estereótipos contidos nos atos regulamentares e administrativos que não foram sanados na via judicial.

O reconhecimento da ausência de imparcialidade decorreu basicamente da atuação do superior hierárquico do senhor Homero Flor Freire que ordenou ao tenente que entregasse as responsabilidades do cargo e o quarto da residência de oficiais solteiros que ocupava como juiz de direito competente para determinar a responsabilidade de seu subordinado pelo suposto ato faltoso praticado. Conforme a Corte, essa atuação prévia da autoridade militar que atuou como juiz de direito é capaz de influenciar na sua preconcepção dos fatos, afastando-se do alheamento exigido pela garantia da imparcialidade.

Pontue-se, ainda, que a Corte aludiu a atos legislativos e jurisprudenciais adotados por outros países para coibir a discriminação em razão da orientação sexual no interior das Forças Armadas, tal como o acórdão do Supremo Tribunal Federal que declarou a não recepção de termos pejorativos aos homossexuais constantes do artigo 235 do Código Penal Militar, cujo *nomen iuris* é pederastia ou outros atos de libidinagem. Nota-se novamente, o diálogo realizado entre a Corte Interamericana e as cortes nacionais na efetivação de direitos humano-fundamentais.

Portanto, a Corte Interamericana condenou o Estado equatoriano a: i) outorgar ao senhor Homero Flor Freire grau militar que corresponda ao de seus colegas, colocá-lo em uma situação de serviço passivo como se ele houvesse se retirado voluntariamente do serviço militar, conceder todos os benefícios prestacionais e sociais correspondentes ao referido grau e pagar as cargas prestacionais correspondentes à seguridade social nos mesmos

moldes; (ii) eliminar a referência ao processo disciplinar que acarretou o desligamento do serviço militar da folha de vida profissional da vítima; (iii) publicar a supracitada sentença condenatória; (iv) promover cursos de capacitação a membros das Forças Armadas e aos agentes encarregados dos processos disciplinares militares sobre proibição de discriminação em razão da orientação sexual, com especial menção à sentença proferida no presente caso; (v) pagar indenização por danos materiais e imateriais.

De acordo com a Resolução de supervisão de cumprimento de sentença proferida pela Corte Interamericana em 7 de outubro de 2019, ainda se encontram pendentes de cumprimento o adimplemento das cargas prestacionais correspondentes à seguridade social e a medida de promoção de cursos de capacitação aos funcionários públicos acima citados sobre a proibição de discriminação em razão da orientação sexual. Lado outro, as demais medidas foram cumpridas adequadamente.

4.1 A DISCRIMINAÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS NO CÓDIGO PENAL MILITAR

Inicialmente, é necessário frisar que o Código Penal Militar (CPM) foi editado, em 1969, por meio de Decreto-Lei pelos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica no uso de atribuições conferidas pelos unilaterais e autoritários Atos Institucionais nº 5 e nº 16. Assim, trata-se de um ato legislativo produzido sob o crivo da ditadura militar e sob a égide da Carta Constitucional outorgada em 1967 e profundamente modificada por meio de Emenda Constitucional em 1969.

De tal sorte que esse diploma legislativo prevê, no capítulo referente aos crimes sexuais, o crime de pederastia ou outros atos de libidinagem. Eis o expresso teor da referida norma:

Pederastia ou outro ato de libidinagem

Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar:

Pena - detenção, de seis meses a um ano. (BRASIL, 1969.SIC. Negritamos)

Com a redemocratização do Estado Brasileiro e a promulgação de uma nova ordem constitucional, pode-se afirmar que as expressões pejorativas à orientação sexual considerada como desviante por aqueles que elaboraram o CPM não foram recepcionadas pelos valores consagrados pela Constituição Cidadã, em especial a dignidade humana, o pluralismo e o combate às discriminações fundadas em qualquer condição social.

A fim de evidenciar o conteúdo homofóbico do preceito normativo acima citado, cabe trazer à tona o conteúdo da exposição de motivos nº 17 do CPM em tela:

Inclui-se entre os crimes sexuais nova figura: a pederastia ou outro ato de libidinagem, quando a sua prática se der em lugar sujeito à administração militar. É a maneira de tor-

nar mais severa a repressão contra o mal, onde os regulamentos disciplinares se revelarem insuficientes. (BRASIL, 1969. Negritamos)

Ressalte-se que o Código Penal Militar anterior já continha dispositivo legal que penalizava a prática de atos libidinosos em locais sujeitos à administração militar, cuja pena era idêntica àquela do delito atual. Vejamos:

Art. 197. Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique, ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar:

Pena – detenção, de seis meses a um ano. (BRASIL, 1944. SIC)

Assim, a única diferença entre ambos dispositivos legais é a inclusão do *nomen iuris* pederastia e a despidiende referência à homossexualidade do ato, inidônea a alterar a normatividade do preceito que sanciona tanto os atos homossexuais como os heterossexuais.

Dessarte, resulta cristalino que o “mal” que a ditadura militar visava a combater com maior severidade é a homossexualidade, evidenciando que o objetivo da alteração realizada foi a vedação ao acesso ou à permanência de homossexuais nas Forças Armadas.

É verdade que esse discurso preconceituoso contava então com supedâneo científico, pois, até 1990, a homossexualidade era considerada uma doença mental, em conformidade com a Classificação Internacional de Doenças (CID), publicação coordenada pela Organização Mundial de Saúde¹⁸⁵².

Assim, o objetivo mal disfarçado da referida alteração foi alijar os homossexuais das Forças Armadas, uma vez que supostamente eles se distanciariam do ideal de “bom soldado” por serem menos viris do que os heterossexuais.

Porém, Alexandre, o Grande, o mais notório conquistador militar da antiguidade mantinha notórias relações homossexuais e namorou o seu amigo Hefestion. No mesmo sentido, o imperador romano Júlio Cesar namorou o rei da Bitínia.

Ademais, como destaca Napoleão Dagnese, os soldados espartanos, cuja capacidade guerreira é exaltada até hoje, mantinham relações homossexuais com seus companheiros de armas com o objetivo de fomentar a coesão social das tropas e fornecer uma motivação a mais para que os bravos guerreiros espartanos lutassem ferozmente.

In verbis:

a história militar auxilia o estudo da homossexualidade nas fileiras militares. (...)na Grécia antiga um soldado espartano podia defender não apenas os ideais da guerra, mas heroicamente, além da pátria, defender seu parceiro ou seu amado com reciprocidade. (DAGNESE, 2000, p.36. Negritamos)

1852 Vide LIONCO, Tatiana. Atenção integral à saúde e diversidade sexual no Processo Transsexualizador do SUS: avanços, impasses, desafios. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 43-63, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000100004&lng=en&nrm=iso.

Para sepultar de vez qualquer possibilidade de fundamentação empírica desse estereótipo, ressalte-se que, como anota Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Israel admite, sem quaisquer restrições, homossexuais em suas Forças Armadas desde 1993 e não há qualquer evidência de que isso tenha afetado sua capacidade bélica constantemente utilizada no contexto de conflitos armados com os povos árabes da região.

Ademais, essa política de exclusão de homossexuais representa um grande desperdício de recursos do erário. Como atesta a autora supracitada, pesquisas realizadas nos Estados Unidos demonstram que a política conhecida como *don't ask, don't tell* que acarretava a exclusão de militares assumidamente homossexuais gerava um desperdício de 40 milhões de dólares com a substituição dos soldados. Referida política foi revogada no Congresso em 2010.

Assim, em complemento ao argumento principal de respeito aos direitos humanos, agrega-se de forma subsidiária o argumento econômico como fundamento para abolir políticas restritivas à população LGBTQI+ no âmbito das forças armadas.

Retornando ao tipo penal, destaque-se que o termo pederastia está associado à homossexualidade masculina, como assinalam os dicionários Houaiss e Michaelis. Ademais, como pontua o Ministro Barroso, é um termo de cunho notoriamente pejorativo.

Assim, diante da representação de diversas entidades da sociedade civil, a Procuradoria Geral da República ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 291, pugnando pela declaração de não recepção integral do referido artigo, aduzindo que as rígidas sanções disciplinares as quais incluem a prisão e a dispensa do serviço militar justificam a aplicação do princípio da mínima intervenção do direito penal e a descriminalização da conduta. Subsidiariamente, requereu a retirada das expressões preconceituosas “pederastia” e “homossexuais ou não” constantes do supracitado artigo 235 do CPM.

Em 28 de outubro de 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a ADPF e deu provimento ao pedido subsidiário, ficando vencidos, quanto ao pedido principal, os Ministros Rosa Weber e Celso de Mello que julgavam a ação procedente neste ponto. Frise-se que o relator, Ministro Barroso, inicialmente proferiu voto pela procedência do pedido principal, mas o reajustou para acompanhar a maioria formada.

Em suma, os Ministros consideraram que a criminalização da conduta despojada das expressões preconceituosas e homofóbicas, justificava-se em função da necessidade de resguardar a hierarquia e a disciplina militar, previstas no artigo 142, caput da Constituição. Conforme explicou a posição prevalecente, esses valores castrenses implicam um tratamento mais rigoroso aos militares do que à população em geral, ou mesmo aos servidores civis, tais como a proibição de greve e de sindicalização dispostas no § 3º do dispositivo acima mencionado.

Assim, como afirmamos no tópico em que comentamos o reconhecimento jurídico da união civil homossexual, o teor do julgamento que excluiu do tipo penal em comento as expressões discriminatórias à orientação sexual merece aplausos.

Ademais, dessa vez, não cabe críticas ao Poder Judiciário brasileiro por não realizar um diálogo com os precedentes proferidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Isso porque o acórdão da Suprema Corte brasileira foi prolatado antes da sentença exarada no caso *Homero Flor Freire vs Equador*, tendo sido inclusive mencionada na decisão proferida pelo Tribunal Internacional, como mencionamos no tópico anterior.

5. CASO AZUL ROJAS MARÍN C. PERU E DETENÇÃO ARBITRÁRIA DE PESSOAS LGBTQI+

Inicialmente, é preciso ressaltar que, conforme aponta a Corte Interamericana¹⁸⁵³, a vítima do presente caso se identificava como homem homossexual ao momento da detenção, mas hoje em dia se define como mulher e adotou o nome de Azul.

Assim, tendo em vista que a orientação sexual e a identidade de gênero são autodefinidas e autopercebidas, optamos por fazer todas as referências a ela no gênero feminino, uma vez que atualmente se identifica como mulher.

Quanto ao caso contencioso em si, a Corte Internacional considerou provado que a vítima foi detida de forma ilegal, arbitrária e discriminatória em razão de sua orientação sexual, ainda que o Estado tenha alegado que se tratou de uma prisão para identificação¹⁸⁵⁴. Além disso, declarou que a senhora Azul Rojas Marín teve a sua dignidade sexual violada por atos libidinosos dos policiais e por comentários ofensivos à sua orientação sexual¹⁸⁵⁵.

Logo, a Corte reconheceu a violação à liberdade pessoal em conjunto com o direito a não discriminação, conforme disposto nos artigos 7 e 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Ademais, responsabilizou o Estado pela vulneração ao direito de não ser torturado previsto nos artigos 5.1, 5.2 e 11 do Pacto de San José e nos artigos 1 e 6 da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura.

Além disso, o Tribunal Internacional condenou o Estado por violar os direitos e garantias judiciais tutelados nos artigos 8.1 e 25.1, tendo em vista que: a) a vítima teve que declarar três vezes acerca das violações sexuais sem que houvesse qualquer preocupação com a criação de um ambiente cômodo e acolhedor¹⁸⁵⁶, pois foi obrigada a responder a perguntas invasivas sem qualquer relação com os fatos, tais como se teve

1853 Vide parágrafo 52 da sentença proferida no presente caso.

1854 Vide parágrafos 102 a 109 da referida sentença

1855 Vide parágrafos 145 a 167 da referida sentença

1856 Vide parágrafos 183 a 186

relações sexuais com menores ou com animais, se havia frequentado prostíbulos ou se se masturbava, evidenciando-se assim a perversa revitimização sofrida pela senhora Azul Rojas Marín; b) o exame ginecológico não foi realizado em tempo oportuno, consistindo em deficiência na produção de prova pericial; c) não houve o recolhimento e a custódia de meios de prova importantes, tais como a roupa utilizada pela vítima e a vara de borracha que os policiais teriam utilizado para violar a dignidade sexual da senhora Azul Rojas Marín; d) o Ministério Público ignorou completamente a linha investigatória segundo a qual os fatos foram motivados por discriminação quanto à orientação sexual da vítima, ainda que ela tenha alegado isso reiteradas vezes; e) o Parquet desacreditou a vítima por sua condição de homossexual.

Em virtude disso, podemos afirmar que o processo de responsabilização dos policiais que resultou inexoravelmente em impunidade foi um mero simulacro, fadado ao insucesso desde o início.

Logo, a Corte Interamericana condenou o Peru a: i) promover e continuar as investigações de forma ampla, sistemática e minuciosa que sejam necessárias para determinar, julgar e, se for o caso, sancionar os responsáveis pelas violações cometidas contra a senhora Azul Rojas Marín; ii) publicar a supracitada sentença condenatória, bem como a realizar um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional; iii) prestar assistência médica e psicológica gratuitas à vítima; iv) adotar um protocolo de investigação e administração da justiça em processos penais nos quais as pessoas LGBTQI+ sejam vítimas de violência; v) o desenvolvimento de um plano de capacitação que deve ser incorporado ao curso de formação de policiais, membros do serviço municipal de vigilância e segurança pública, do Ministério Público e do Poder Judiciário orientado a sensibilizar sobre: a) o respeito à orientação sexual e à expressão da identidade de gênero na abordagem de civis; b) a devida diligência na condução de investigações e processos judiciais relacionados com discriminação, violência sexual e tortura de pessoas LGBTQI+; c) o caráter discriminatório dos estereótipos sobre orientação sexual e da expressão do gênero e seu impacto negativo na proteção dos direitos dessa população em situação de vulnerabilidade; vi) a produção anual de um informe contendo os dados estatísticos sobre a violência sofrida pelas pessoas LGBTQI+ e das ações desenvolvidas para prevenir e erradicar novos atos de violência e discriminação por um período de três anos; vii) a eliminação dos planos de segurança cidadã das regiões e distritos peruanos do indicador absolutamente discriminatório de “erradicação de homossexuais e travestis”; viii) pagar indenização por danos materiais e imateriais.

Considerando-se que a sentença foi prolatada em 12 de março de 2020, não é possível, neste momento, tecer comentários sobre o cumprimento das medidas ordenadas pela Corte.

5.1. O DIREITO DAS TRANSEXUAIS FEMININAS AO CUMPRIMENTO DE PENA EM ESTABELECIMENTOS ADEQUADOS À SUA IDENTIDADE DE GÊNERO

Inicialmente, é preciso pontuar que os recursos especiais e extraordinários, cuja competência para julgar recai respectivamente sobre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, não são idôneos para revolver o contexto fático-probatório discutidos no processo, conforme previsto nas Súmulas 279 do STF e 7 do STJ. No mesmo sentido, o *writ* de *habeas corpus* também não admite tal discussão, em função de seu procedimento sumaríssimo.

Assim, o caso já concluído, que consideramos mais próximo do julgado pela Corte Interamericana no caso analisado no tópico acima alude à discussão do estabelecimento adequado para que transexuais cumpram penas privativas de liberdade veiculada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 527, uma vez que é notório que tais pessoas estão mais sujeitas à violação de sua dignidade sexual caso permaneçam presas em celas cujos demais reclusos não se adequem à sua identidade de gênero¹⁸⁵⁷.

Nesta ação do controle concentrado de constitucionalidade, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ALGBT) requereu que a Suprema Corte conferisse interpretação conforme a Constituição aos arts. 3º, §§ 1º e 2º e 4º, parágrafo único da Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho de Combate à Discriminação nº 1, de 14 de abril de 2014 para assentar que as transexuais femininas cumpram pena em estabelecimentos prisionais compatíveis com a sua identidade de gênero.

O Relator mencionou *standards* nacionais e internacionais de proteção as pessoas LGBTQI+, com destaque para o Princípios de Yogyakarta nº 9 que determina a adoção de medidas protetivas a essa parcela vulnerável da sociedade no âmbito do sistema carcerário, e concedeu a medida cautelar pleiteada para determinar a transferência de transexuais femininas para presídios femininos.

Logo, aplaudimos a decisão monocrática em razão do seu nítido caráter contramajoritário e manifestamos nossa torcida para que ela seja confirmada pelo Plenário da Suprema Corte de modo definitivo.

Outro caso semelhante, cujo julgamento foi iniciado pelo STF, mas encontra-se pendente de conclusão em razão do pedido de vista do Ministro Fux, é o Recurso Extraordinário nº 845.779 que discute a utilização do banheiro por transexuais.

Como ressaltado por Álvaro Cruz e Frederico Guimarães, a recorrente Ama Fialho¹⁸⁵⁸ foi impedida pelos seguranças do shopping Beiramar Shopping Center Limitada

1857 Vide parágrafo 24 da Medida Cautelar conferida pelo Ministro Barroso na referida ADPF.

1858 Nos autos do processo, consta o nome registral da recorrente: André dos Santos Fialho. Porém, em consonância, com

de frequentar o banheiro feminino, o qual se adequa à sua identidade de gênero. Na sequência, ela ainda procurou diversas lojas que oferecessem banheiros particulares, mas encontrou apenas humilhações públicas. Desesperada e humilhada, ela acabou fazendo as necessidades na própria roupa e, nesse estado, teve que pegar o transporte público até sua residência.

A despeito de ser privada de direitos fundamentais em razão da expressão de sua identidade de gênero o que viola tanto a Constituição como a Convenção Americana, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina negou a concessão de indenização por danos morais, aduzindo que o “pequeno incômodo” sofrido pela recorrente não consistia em agravo aos seus direitos da personalidade idôneos a justificar o provimento do pleito indenizatório.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, após a prolação de dois votos pelo provimento do recurso de Ama Fialho, a deliberação encontra-se obstada desde 19 de novembro de 2015 por pedido de vista do Ministro Fux.

Transcorridos mais de dois anos da prolação da Opinião Consultiva 24 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e do acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275 pelo Supremo Tribunal Federal, decisões paradigmáticas que concluíram pela impossibilidade de restrição de direitos humano-fundamentais em razão da expressão da identidade de gênero e que serão analisadas nos próximos tópicos, defendemos que já passou da hora de retomar o julgamento e dar provimento ao recurso extraordinário. Isso, em conformidade com a jurisprudência contramajoritária desenvolvida pela Suprema Corte e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos envolvendo os direitos das pessoas LGBTQI+.

Convém ressaltar que a jurisprudência pacífica da Corte Interamericana de Direitos Humanos supera o requisito do prévio esgotamento dos recursos internos para o acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos nos casos em que os recursos internos sejam ineficientes.

6. A OPINIÃO CONSULTIVA Nº 24

Em maio de 2016, a Costa Rica solicitou que a Corte Interamericana de Direitos Humanos exarasse Orientação Consultiva, pronunciando-se sobre: a proteção conferida pelo Pacto de San José ao reconhecimento da alteração de nome, em consonância com a identidade de gênero de cada pessoa; a compatibilidade da aplicação do artigo 54 do Código Civil costarriquenho¹⁸⁵⁹ com os artigos 1.1, 11.2, 18 e 24 da Convenção

o reconhecimento da expressão de gênero e com a necessidade de respeitar a alteridade, optamos por nos referir à recorrente pelo seu nome social. Ademais, todas as designações de gênero a ela atreladas serão utilizadas no feminino, pelas mesmas razões.

1859 O referido artigo prevê que qualquer costarriquenho pode alterar o nome, desde que precedida de autorização judicial exarada em processo de jurisdição voluntária. Vide: <http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Nor->

Americana de Direitos Humanos; a salvaguarda aos direitos patrimoniais decorrentes de um vínculo familiar entre pessoas do mesmo sexo.

Pontue-se que no exercício de jurisdição consultiva não há partes, sequer a análise da responsabilidade internacional de um Estado, em razão da violação de direitos humanos. Assim há apenas interessados em que a Corte exerça a interpretação dos dispositivos do Pacto de San José ou de outros tratados internacionais de direitos humanos aplicáveis aos Estados Americanos.

Além disso, as Opiniões Consultivas emitidas não possuem eficácia vinculante em relação a qualquer Estado, mas servem de orientação interpretativa para a aplicação interna dos referidos tratados, sob pena de acarretar a posterior responsabilização internacional em eventual caso contencioso.

Frise-se ainda que se trata de procedimento democrático que admite a participação de outros Estados, órgãos da Organização dos Estados Americanos, organismos internacionais, instituições acadêmicas, organizações não governamentais, pessoas naturais, etc. Na Opinião em tela, a Corte recebeu noventa e um escritos e ouviu quarenta pessoas em audiência.

Tendo em vista o teor dos questionamentos apresentados, a Corte decidiu apresentar a definição de conceitos atrelados ao tema, dentre eles identidade de gênero e orientação sexual, frisando, porém, que são definições provisórias, mutáveis e em constante revisão. Estes são os conceitos de identidade de gênero e orientação sexual apresentados pelo Tribunal internacional:

f) Identidad de Género: La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos. (...)

l) Orientación sexual: Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto-identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona.(...) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva nº24, 2017)¹⁸⁶⁰

mas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437.

1860 Tradução nossa: f) Identidade de gênero: é a vivência interna e individual de gênero tal como cada pessoa a sente,

Dessa forma, percebe-se que enquanto a orientação sexual refere-se à atração física e emocional por outras pessoas, a identidade de gênero relaciona-se com a vivência interna da pessoa com o sexo, podendo coincidir ou não com o assinalado no momento do nascimento.

Tomando como base o artigo 1.1 do Pacto de San José que veda a discriminação em razão de qualquer condição sexual, a Corte reconheceu que a identidade de gênero e a orientação sexual gozam de proteção jurídica outorgada pela Convenção. Ademais, ressaltou que os Estados possuem o dever de adotar medidas legislativas, administrativas ou judiciais para reverter e evitar medidas discriminatórias presentes em suas sociedades, não se admitindo a invocação de falta de consenso no âmbito interno quanto ao alcance do gozo de direitos humanos de pessoas LGBTQI+ para se eximir da responsabilidade internacional.

Outrossim, pontuou que o nome é um elemento essencial da personalidade, o qual permite distinguir a pessoa dos demais membros da sociedade. Assim, tendo como fundamento os artigos 3, 7, 11.2 e 18 do Pacto de San José, o reconhecimento da identidade de gênero implica necessariamente que todos os dados constantes dos registros e documentos de identidade devem retratar fielmente a identidade de gênero autopercebida.

Pontuou ainda que o procedimento de alteração do registro civil deve estar condicionado apenas pelo consentimento livre e informado da pessoa solicitante, sendo ilegítimas quaisquer exigências de documentos que tratam a transexualidade como uma patologia, tais como laudos médicos, psicológicos ou psiquiátricos. Isso porque tais requisitos reproduzem e perpetuam a discriminação sofrida por essa parcela vulnerável da população. Da mesma forma, é incabível impor como requisito a realização de cirurgia de redesignação sexual ou de tratamentos hormonais¹⁸⁶¹.

Frisou ainda que os trâmites do procedimento e as retificações realizadas nos registros e documentos de identidade não devem ser acessíveis ao público, a fim de tutelar a intimidade e a vida privada dos solicitantes. Lado outro, é evidente que as autoridades públicas poderão ter acesso a essas informações, em conformidade com o direito interno de cada país.

a qual pode corresponder ou não ao sexo designado no momento do nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo (que pode envolver ou não a modificação da aparência ou da função corporal através de meios médicos, cirúrgicos ou de outra índole, sempre que a mesma seja livremente escolhida e outras expressões de gênero, incluindo a vestimenta, o modo de falar e os maneirismos. A identidade de gênero é um conceito amplo que cria espaço para a autoidentificação e que faz referência à vivência que uma pessoa tem do seu próprio gênero. Assim, a identidade de gênero e a sua expressão também tomam muitas formas, algumas pessoas não se identificam nem como homens nem como mulheres ou se identificam como ambos. (...)

l) Orientação sexual: se refere à atração emocional, afetiva e sexual por pessoas de um gênero igual ou diferente ao seu ou por ambos, bem como às relações íntimas e/ou sexuais com essas pessoas. A orientação sexual é um conceito amplo que cria espaço para a autoidentificação e que pode variar ao longo do tempo. Todas as pessoas têm um orientação sexual que é inerente à identidade da pessoa.

1861 Nesse ponto, a Corte Interamericana fez alusão a decisões judiciais de alta Corte nacional do Brasil no mesmo sentido. Uma vez que a decisão proferida pela Suprema Corte foi prolatada posteriormente à publicação da referida Opinião Consultiva, infere-se que o tribunal internacional reporta-se à decisão anterior do Superior Tribunal de Justiça que já havia fixado o entendimento da desnecessidade da cirurgia para a alteração do registro civil.

Salientou também a importância de que tais procedimentos sejam gratuitos ou, ao menos, que os valores cobrados sejam módicos, a fim de não representar obstáculo econômico para o reconhecimento da identidade de gênero autodefinida. Pontuou ainda que o referido procedimento deve ser materialmente administrativo, ainda que adotado em sede judicial, pois um trâmite de caráter jurisdicional representaria uma limitação excessiva e desarrazoada aos direitos do(a) solicitante.

No atinente à alteração do registro civil e dos documentos de identidade de crianças¹⁸⁶², a Corte considerou que qualquer restrição ao exercício do direito deve estar embasada nos princípios do interesse superior da criança e na vedação ao excesso. Nesse sentido, assinalou a Lei 26.743¹⁸⁶³ promulgada pela Argentina como um exemplo de boa prática. O artigo 5º do referido diploma legal, o qual regula o procedimento de alteração do registro civil e dos documentos de idade, prevê que a solicitação deve ser requerida por meio dos representantes legais da criança e ser acompanhado pela sua anuência expressa.

Ademais, dispõe que se quaisquer dos representantes legais não quiser ou não puder realizar a solicitação, permite-se recorrer à via sumaríssima a fim de que o magistrado possa suprir o consentimento, em atenção aos princípios da capacidade progressiva e do superior interesse da criança.

Lado outro, asseverou a importância da segurança jurídica e afirmou que a referida mudança não deve alterar a titularidade dos direitos e obrigações contraídas anteriormente, ressalvadas as exceções previstas nas legislações dos Estados.

No que atine especificamente ao artigo 54 do Código Civil costarricense, a Corte entendeu que ele deve ser interpretado conforme a Convenção, de maneira que o procedimento se adeque aos seguintes *standards*: a) deve estar baseado apenas no consentimento livre e informado da(o) solicitante; b) deve ser confidencial e as alterações realizadas não devem constar no registro e nos documentos de identidade; c) deve ser célere e gratuito ou, pelo menos, ter um custo módico para a(o) solicitante; d) não pode exigir alterações cirúrgicas ou hormonais; e) deve ser materialmente administrativos, ainda que realizado na via judicial.

Finalmente, em relação aos direitos patrimoniais decorrentes de vínculos familiares entre casais homossexuais, o tribunal firmou a necessidade de uma interpretação evolutiva do conceito de família tutelado pelo artigo 17.2 da Convenção, de forma a proteger de forma igualitária e não discriminatória os laços de afetividade constituídos por pessoas do mesmo sexo. Lado outro, a Corte foi além e afirmou peremptoriamente

1862 No âmbito internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança considera criança aquelas pessoas com menos de 18 anos de idade. Lado outro, o Estatuto da Criança e Adolescente classifica como adolescentes as pessoas com idade superior a 12 e inferior a 18 anos.

1863 Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>.

que a proteção não se limita aos direitos patrimoniais, mas se estende a todos os direitos derivados da formação de uma família.

Além disso, pontuou que a eventual criação de um instituto jurídico com os mesmos efeitos do matrimônio, mas com *nomen iuris* diverso seria despida de qualquer justificativa jurídica válida, servindo apenas como instrumento de estigmatização e discriminação. Assim, os Estados devem garantir o acesso a todos os institutos jurídicos familiares já previstos na legislação interna do país em condições isonômicas com os heterossexuais.

Não obstante, a Corte reconheceu a possibilidade de alguns Estados americanos encontrarem dificuldades institucionais para adequar o seu ordenamento jurídico e entender o acesso à instituição matrimonial para pessoas do mesmo sexo, de sorte que instou tais Estados a impulsarem de boa-fé as reformas legislativas, administrativas e judiciais necessárias para alcançar a almejada adequação.

Ressalte-se que a emissão da supracitada Opinião Consultiva permeou o debate nas eleições presidenciais realizadas em 2018, na Costa Rica, país que provocou a manifestação da Corte Interamericana. Nesse sentido, atesta Jorge Enrique Romero Pérez:

En Costa Rica, hubo elecciones presidenciales y legislativas (domingo 4 de febrero del 2018), en una primera ronda. Para el domingo 1 de abril del 2018, se da una segunda ronda electoral, solamente para las elecciones presidenciales.

En ambas contiendas electorales, el tema de los derechos humanos, sexo y política jugaron un papel destacado, por primera vez en la historia electoral y política de este país; (...). La CIDH le contestó al Gobierno de Costa Rica, con fecha 24 de noviembre del 2017, mediante el documento: opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre del 2017, solicitada por la República de Costa Rica. Esta sentencia se le notificó a este gobierno el 9 de enero del 2018, en plena campaña electoral. Esta sentencia se le notificó a este gobierno el 9 de enero del 2018, en plena campaña electoral. (...)

Sin duda este tema tuvo un impacto electoral fuerte, tanto en la primera votación como en la segunda.

En la primera elección del 4 de febrero del 2018, le permitió a Fabricio Alvarado, con su posición a favor del matrimonio y de la familia cristiana de hombre y mujer, ocupar el primer lugar con el 24.99% y en votos 538.504; mientras que, Carlos Alvarado obtuvo el 21.63 % y en votos 466.129.

Elementos como la religión y el sexo jugaron un papel destacado en esta primera ronda. (...) El partido que perdió (Restauración Nacional) fue el que esgrimió la religión y el sexo como factores de decisión electoral. Su candidato

Gerardo Fabricio Alvarado Muñoz, tenía la experiencia de ser un pastor protestante, con 44 años de edad. El partido ganador (Acción Ciudadana) mostró una actitud tolerante y de aceptación del criterio de la CIDH. El candidato de este partido, Carlos Andrés Alvarado Quesada, con 38 años de edad, tuvo experiencia política en el gobier-

no anterior del Partido Acción Ciudadana (PAC), 2014-2018, a cargo de Guillermo Solís. (PÉREZ, 2019)¹⁸⁶⁴

Ainda no âmbito desse país centro-americano, em 8 de agosto de 2018, a Corte Suprema de Justiça declarou a inconstitucionalidade e a inconvenção dos artigos 242 do Código de Família e 4, m da Lei Geral da Pessoa Jovem os quais negavam reconhecimento jurídico às uniões civis homossexuais e exortou a Assembleia Legislativa a adequar o marco jurídico nacional, com o escopo de regular o alcance e os efeitos derivados das uniões civis homoafetivas em um prazo de 18 meses. Frise-se que o órgão máximo do Poder Judiciário costarricense, em um autêntico diálogo entre Cortes, citou expressamente a jurisprudência da Corte Interamericana nos casos *Atala Riffo vs Chile* e *Duque vs Colômbia* e na OC 24/2017 como *ratio decidendi* da sentença.

Nesse mesmo diapasão, no Chile, a supracitada Opinião Consultiva foi mencionada nos debates parlamentares na Câmara dos Deputados e na Comissão Mista de Deputados e Senadores do Projeto de Lei que originou a Lei 21.120 promulgada em 28 de novembro de 2018 que regulamenta o procedimento para a alteração do registro civil e dos documentos de identidade por pessoas cuja identidade de gênero autopercebida diverge daquela designada durante o nascimento.

6.1 O RECONHECIMENTO DA ALTERAÇÃO DE NOME E GÊNERO NO REGISTRO CIVIL POR TRANSEXUAIS NO BRASIL

A Constituição de 1988 elegeu a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme disposto em seu art.1º, III. Ademais, a construção de uma sociedade sem preconceitos e discriminações é objetivo fundamental da República brasileira, como prevê o art. 3º da CR/88. Na consecução dos objetivos e fundamentos supracitados, a alteração do sexo e prenome no registro civil de transexuais é instrumento imprescindível.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça exigia a realização da cirurgia de redesignação sexual como requisito para a alteração mencionada¹⁸⁶⁵.

1864 Tradução nossa: Na Costa Rica, houve eleições presidenciais e legislativas (domingo 4 de fevereiro de 2018), em primeiro turno. Já o segundo turno, unicamente para as eleições presidenciais, ocorreu em 1 de abril de 2018. Em ambas as disputas eleitorais, o tema de direitos humanos, sexo e política tiveram um papel destacado pela primeira vez na história eleitoral e política desse país; (...). A Corte Interamericana respondeu à consulta formulada pela Costa Rica, por meio da OC-24/17 de 24 de novembro de 2017 cujo teor foi notificado ao governo desse país em 9 de janeiro de 2018, em plena campanha eleitoral. (...) Sem dúvida, esse tema teve um forte impacto eleitoral em ambas as votações. No primeiro turno, o candidato Fabrício Alvarado, com sua posição em favor da família cristã e do matrimônio entre homem e mulher, ocupou a primeira colocação com 24.99% (538.504 votos), enquanto Carlos Alvarado teve 21.63 % (466.129 votos). Elementos como a religião e o sexo foram preponderantes no primeiro turno. (...) O partido que perdeu (Restauração Nacional) foi o que esgrimiou a religião e o sexo como fatores de decisão eleitoral. Seu candidato, Fabrício Alvarado (primeiro colocado no primeiro turno), era um pastor protestante de 44 anos. O partido vencedor (Ação Cidadã) mostrou uma atitude tolerante e de aceitação, em conformidade com a Opinião Consultiva exarada pela Corte Interamericana. Seu candidato, Carlos Alvarado, tinha experiência política no governo anterior de Guillermo Solís (2014-2018) também eleito pelo partido Ação Cidadã.

1865 Nesse sentido vide: REsp 1008398 / SP, Relª. Minª. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j.em15/10/2009, publicado em 18/11/2009.

Contudo, desde 2009, já se encontravam decisões judiciais¹⁸⁶⁶ permitindo a troca do prenome e sexo independentemente da realização da supracitada cirurgia. Tal entendimento foi adotado em 2017, pelo STJ, no Recurso Especial nº 1.626.739, cujo relator consignou a importância dessa orientação na promoção da dignidade humana e de outros direitos fundamentais das pessoas transexuais, mormente a intimidade e a privacidade¹⁸⁶⁷.

É cediço, contudo, que o(a) transexual é reconhecida(o) em suas relações inter-subjetivas pelo nome social que utiliza independentemente da alteração do prenome. A divergência entre o prenome e o nome social sujeita a(o) transexual a uma série de constrangimentos que contribuem para a sua estigmatização social. Portanto, a promulgação do decreto 8.727/2016, pela Presidência da República, foi um marco na conquista da dignidade do(a)s transexuais, bem como na redução do preconceito.

O referido decreto obriga os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, a requerimento da pessoa interessada, a adotar o nome social da(o) transexual em seus atos e procedimentos. Outrossim, ressalva que a utilização do prenome civil do(a) transexual acompanhado do nome social será possível apenas quando for imprescindível ao interesse público ou à salvaguarda do direito de terceiros.

Finalmente, em 1º de março de 2018, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275, com caráter *erga omnes* e eficácia vinculante, confirmou o entendimento do STJ de que a alteração do sexo e prenome no registro civil de transexuais independe da cirurgia de redesignação sexual. Contudo, a Suprema Corte foi além e, em consonância com o entendimento da Corte Interamericana cuja Opinião Consultiva 24 foi expressamente citada no acórdão, dispensou também a autorização judicial, determinando que tais alterações sejam feitas em âmbito notarial.

Assim, destaque-se que, dentre as decisões proferidas por tribunais brasileiros analisadas, essa foi a única que realizou diálogo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em relação ao reconhecimento da identidade de gênero de pessoas transexuais, destaque-se ainda que, em 2019, a Organização Mundial de Saúde removeu da sua classificação oficial de doenças o chamado “transtorno de identidade de gênero”, definição que considerava como doença mental a situação de pessoas transexuais. A transexualidade foi incluída em uma nova seção da classificação dedicada à saúde sexual, a fim de garantir o acesso a intervenções de saúde necessárias para conferir maior dignidade a pessoas transexuais, tais como terapias hormonais e a cirurgia de redesignação se-

1866 Cite-se, como exemplo, os acórdãos proferidos na Apelação Cível nº 70030504070, Rel. Rui Portanova, 8ª Câmara Cível, j. em 29/10/2009 e na Apelação Cível nº 70030772271, Rel. Rui Portanova, 8ª Câmara Cível, j. em 16/07/2009..

1867 O acórdão não foi publicado, mas a notícia pode ser visualizada em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%AAdcias/Transexuais-t%C3%AAm-direito-%C3%A0-altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-sem-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia

xual¹⁸⁶⁸. No mesmo diapasão, o Conselho Federal de Medicina revogou a Resolução nº 1.955/2010 que também considerava a transexualidade um transtorno mental e previa a cirurgia de redesignação sexual como tratamento para o referido transtorno¹⁸⁶⁹.

Em substituição editou a Resolução nº 2.265 de 20 de setembro de 2019, a qual prevê que a atenção integral à saúde dessa parcela vulnerável da população deve contemplar todas as suas necessidades e garantir o acesso, sem qualquer tipo de discriminação, às atenções básica, especializada, de urgência e de emergência, o que inclui acolhimento, acompanhamento, procedimentos clínicos, cirúrgicos e pós-cirúrgicos.

Dessa forma, percebe-se que o Brasil adotou medidas administrativas e judiciais para adequar o reconhecimento da identidade de gênero, em conformidade com os *standards* definidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e com o compromisso assumido voluntariamente ao internalizar o Pacto de San José.

7. CONCLUSÃO

Portanto, nota-se a importância decisiva do papel desempenhado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no reconhecimento e na proteção dos direitos das pessoas LGBTQI+ a partir de uma interpretação evolutiva e sistemática do Pacto de San José, pois não há qualquer tratado internacional vinculante para os Estados Americanos que disponha de forma específica sobre direitos e garantias dessas pessoas historicamente discriminadas e invisibilizadas. É inegável o avanço histórico promovido no continente pela jurisprudência do referido tribunal internacional, em especial nos casos Atala Riffo, Duque, Homero Flor Freire e Azul Rojas Marín, bem como na Opinião Consultiva nº 24.

A despeito disso, convém reforçar a crítica no que atine à falta de reconhecimento da responsabilidade internacional pela violação das garantias judiciais de Chile e Colômbia nos dois primeiros casos mencionados, mesmo com a constatação de que as decisões denegatórias de direitos proferidas pelos respectivos Tribunais internos foram discriminatórias e preconceituosas.

Esperamos que a Corte Interamericana reveja a sua orientação nesse tópico e afaste a presunção *iuris tantum* de respeito à garantia da imparcialidade judicial quando estiver evidenciado o caráter preconceituoso de decisões judiciais que negue o reconhecimento de direitos e garantias às pessoas LGBTQI+.

Ademais, é preciso atestar a preocupação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos com a postura de retrocesso adotada por vários países americanos que

1868 Vide: <https://nacoesunidas.org/oms-retira-a-transexualidade-da-lista-de-doencas-mentais/>

1869 Essa resolução já era criticada por alguns psiquiatras e psicólogos por atuar como vetor de discriminação. Vide: ARAN, Múrcia; Zaidhaft, Sérgio; MURTA, Daniela. Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. *Psicol. Soc.* Porto Alegre, v. 20, n. 1, p. 70-79. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v20n1/a08v20n1.pdf>

aprovaram medidas legislativas, com o escopo de menoscar o exercício de direitos humanos pelas pessoas LGBTQI+. Nesse sentido, o informe elaborado por ela menciona a aprovação de atos normativos na Bolívia, em El Salvador, em Honduras, no Panamá e na República Dominicana que negam reconhecimento jurídico às uniões civis homossexuais, em flagrante desobediência à Convenção Interamericana e à jurisprudência da Corte Regional de Direitos Humanos.

No caso específico do Brasil, destacamos a importância decisiva do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na concretização dos direitos de tais pessoas, em especial no reconhecimento das uniões civis homossexuais e na possibilidade de alteração do nome e do gênero no registro civil de pessoas transexuais pela via notarial. Tendo em vista que o Poder Legislativo resiste a tomar as medidas que lhe competem para adequar os textos legislativos ao Pacto de San José e à jurisprudência exarada pela Corte Interamericana, essas decisões judiciais inclusivas e garantidoras da igualdade jurídica entre essa minoria e os demais membros da sociedade são imprescindíveis para evitar a responsabilização internacional do Brasil em decorrência da violação a direitos humanos.

Não é despidendo recordar que, segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil é o país com o maior número de homicídios contra pessoas transexuais e com identidade de gênero diversa da cisnormativa em todo o mundo. Esse dado revela de forma cristalina a relevância da postura contramajoritária das Cortes Superiores brasileiras na garantia de direitos das pessoas LGBTQI+.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARÁN, Múrcia; ZAIDHAFT, Sérgio; MURTA, Daniela. *Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. Psicol. Soc., Porto Alegre*, v. 20, n. 1, p. 70-79. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v20n1/a08v20n1.pdf>

ARGENTINA, *Ley 26.743 de 09 de maio de 2012. Establécese el derecho a la identidad de género de las personas.* Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>

Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA): Lucas Ramón Mendos, *Homofobia de Estado 2019.* Ginebra, ILGA, 2019. Disponível em: <https://ilga.org/es/ilga-lanza-informe-homofobia-estado-2019>

Atala Ríffo e filhas c. Chile, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de fevereiro de 2012, Série C No. 239

Avanços e desafios para o reconhecimento dos direitos das pessoas LGBTI nas Américas, 7 de dezembro de 2018.

Azul Rojas Marín e outra c. Peru, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 12 de Março de 2020, Série C No. 402

BARBADOS, *Sexual Offences Act de 13 de fevereiro de 1992.* Disponível em: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/lgbti2.pdf>

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Organização Anne Joyce Angher. Vade Mecum Rideel. 22ª edição. 2016.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Organização Anne Joyce Angher. Vade Mecum Rideel. 22ª edição. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Organização Anne Joyce Angher. Vade Mecum Rideel. 22ª edição. 2016.

BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm

BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm

BRASIL. Decreto 8.727, de 28 de abril de 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8727.htm

BRASIL. Decreto-lei nº 6.227 de 24 de janeiro de 1944. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6227-24-janeiro-1944-417391-publicacaooriginal-65269-pe.html>

BRASIL. Decreto-lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-2.265-de-20-de-setembro-de-2019-237203294>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889.852- RS. Rel.: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 27 abr. 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=ADO%C7%-C3O+HOMOSSEXUAL&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.281.093 - DF. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 18 dez. 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102016852&dt_publicacao=04/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.008.398. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1008398&&-tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 5 mai. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275. Redator para acórdão: Min. Edson Fachin. Brasília, 1 mar. 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=749297200>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 jun. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 291. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 28 out. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527. Decisão monocrática do Min. Roberto Barroso, Brasília, 27 jun. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70030504070. Relator: Desembargador Rui Portanova. Porto Alegre, 05 nov. 2011. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__

politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3A-d1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70030772271.%28s%3Acivel%29&as_q=+#main_res_juris.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70030772271. Relator: Desembargador Rui Portanova. Porto Alegre, 23 jul. 2009. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a___politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3A-d1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70030772271.%28s%3Acivel%29&as_q=+#main_res_juris.

CATTAFI, Carmelo. *Derecho Internacional Público v.1*. Monterrey: Editorial Tecnológico de Monterrey, 2013.

CHILE. *Código Civil. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del código civil; de la ley nº4.808, sobre registro civil; de la ley nº17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos; de la ley nº16.618, ley de menores; de la ley nº14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley nº16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones*. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&tipoVersion=0>

CHILE. Ley 21.120. Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Disponível em: <https://www.leychile.cl/N?i=1126480&f=2019-12-27&p=>

COSTA RICA. Ley nº 63 de 28/09/1887. *Código Civil*. Disponível em: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437.

COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia. Resolución Nº 12783. Relator: Fernando Cruz Castro. San José, 08 ago. 2018.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GUIMARÃES, Frederico Garcia. *A última palavra, diálogos interinstitucionais, autonomia e alteridade no Supremo Tribunal Federal*. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira (Org.). *Uma breve (re)construção do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DAGNESE, Napoleão. *Cidadania no armário: uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade*. São Paulo: Ltr, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. 2.ed. São Paulo: Moderna, 2004.

ESPINOSA, Luisa Fernanda Martínez; LOZADA, Karen Vanessa Peláez. El estado actual del cumplimiento de las medidas de satisfacción ordenadas por la corte interamericana de derechos humanos, en las sentencias condenatorias contra el estado colombiano. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, v.30, 2019, p.227-253. Disponível em: <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/119>

ILGA Mundo: Lucas Ramón Mendos, *Homofobia de Estado 2019: Actualización del Panorama Global de la Legislación*. Ginebra, ILGA, 2019. Disponível em: <https://ilga.org/es/informe-homofobia-estado>

LIONCO, Tatiana. Atenção integral à saúde e diversidade sexual no Processo Transsexualizador do SUS: avanços, impasses, desafios. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 52, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000100004&lng=en&nrm=iso.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde - CID-10*. 10. ed.rev. 4.reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.

PÉREZ, Jorge Enrique Romero. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. *Revista de Ciencias Jurídicas* nº 148, 2019, p.157-202.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos . 3 ed.** São Paulo: Saraiva, 2016.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. Iguais, mas separados. os homossexuais e as forças armadas, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 17, 2011. p.139-165

VALLE, Mariano Fernández. La protección contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género

en la jurisprudencia de la corte interamericana. Revista Jurídica de Buenos Aires, Buenos Aires, año 43, número 97, p.37-54.

_____. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>

_____. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>

_____. Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf

DIÁLOGOS ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH E OS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS ACERCA DA QUESTÃO QUILOMBOLA

Thimotie Aragon Heemann

Dandara dos Santos Damas Ribeiro

RESUMO: O presente artigo analisa o direito quilombola ao território a partir do diálogo entre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, fruto da interpretação autêntica da Convenção Americana de Direitos Humanos, e o entendimento dos tribunais superiores brasileiros. A utilização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como *locus* de litígio por comunidades indígenas e afrodescendentes é um fenômeno em expansão. Além disso, os tribunais superiores brasileiros fundamentam cada vez mais suas decisões em dispositivos cristalizados em tratados internacionais e precedentes exarados pela Corte Interamericana em suas decisões. A partir desta permeabilidade e diálogo das cortes, este trabalho analisa a questão quilombola.

PALAVRAS-CHAVE: Comunidades Quilombolas. Sistema Interamericano. Território. Minorias étnicas.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Comunidade dos Remanescentes do Quilombo da Ilha da Marambaia: o primeiro caso acerca das comunidades quilombolas nos Tribunais Superiores do Brasil; 3. O julgamento da ADI nº 3239 e a emblemática jurisprudência da Corte Interamericana; 3.1 *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicarágua*: primeiro caso julgado pela Corte IDH sobre a relação entre as comunidades tradicionais e a propriedade de suas terras; 3.2 *Comunidade Moiwana c. Suriname* e *Comunidade Saramaka c. Suriname*; 4. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A história de resistência das comunidades negras no Brasil começou a ser descortinada a partir da possibilidade de reconhecimento jurídico do seu direito ao território, por meio da inclusão do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) na Constituição da República de 1988, após um século de total silenciamento do ordenamento jurídico, desde a abolição formal da escravidão no Brasil.

Deste modo, antes da Constituição de 1988, não se havia promovido qualquer reparação ou política de reconhecimento e inclusão voltada a esses grupos sociais, de forma a reproduzir a exclusão e a anulação da população negra brasileira, tendo sido assim legitimada a negação de sua humanidade, tão avidamente explorada na história desse país.

Ainda, apenas depois de quinze anos da promulgação da Constituição, um outro importante passo foi dado, em 2003, com a publicação do Decreto Federal nº 4.887/2003, por meio do qual se regulamentou, de acordo com uma sistemática verdadeiramente inclusiva¹⁸⁷⁰, o procedimento para titulação dos territórios quilombolas, conforme determinara o art. 68 do ADCT.

Mobilizadas em torno da categoria de quilombolas, foram certificadas 2.715 comunidades nos anos em que a Fundação Cultural Palmares efetivamente atuou no processo de certificação¹⁸⁷¹, sendo que destas, apenas 182 comunidades (6,7%) tiveram seus territórios titulados (FREITAS, 2019, p. 14). Este dado da projeção irrisória de titulação revela, uma vez mais, o racismo institucional do Estado brasileiro em cumprir o mandamento constitucional, prolongando a negação de direitos a esses grupos, diante da morosidade dos processos burocráticos e da deliberada falta de recursos para essas políticas, haja vista se tratarem de terras que serão retiradas do mercado e destinadas ao desenvolvimento social¹⁸⁷² (LEITE, 2010, p. 27).

Paralelamente a esse processo, chama-se atenção para a expansão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e para a sua constituição enquanto *locus* de debate e de resolução de litígios para a proteção de povos e comunidades tradicionais, notadamente indígenas e quilombolas. Neste contexto, o recurso à Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada Corte IDH) torna-se um mecanismo jurídico para a apresentação de demandas das comunidades afrodescendentes de vários países latino-americanos, entre as quais se destacam, por exemplo, os grupos negros *marrons* do Suriname (Comunidade Moiwana e Pueblo Saramaka) (CADE-MARTORI; LUZ, 2019).

Nesse contexto, desponta a relevância da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) como carta de direitos fundamentais no sistema regional. O Brasil não só ratificou e promulgou a CADH, em 1992¹⁸⁷³, como reconheceu a jurisdição da Corte

1870 Segundo a sistemática que havia sido estabelecida pelo decreto anterior, o Decreto nº 3.912/2001, não se reconhecia a autoatribuição identitária pelos próprios grupos sociais. Assim, previa-se critérios temporais rígidos de comprovação de uma espécie de usucapião de mais de 100 anos para que uma comunidade pudesse ter o direito ao território. “Art. 1º - Compete à Fundação Cultural Palmares - FCP iniciar, dar seguimento e concluir o processo administrativo de identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como de reconhecimento, delimitação, demarcação, titulação e registro imobiliário das terras por eles ocupadas. Parágrafo único. Para efeito do disposto no caput, somente pode ser reconhecida a propriedade sobre terras que: I - eram ocupadas por quilombos em 1888; e II - estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988”.

1871 De acordo com o Decreto nº 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para a titulação quilombola, em seu artigo 3º, §4º, a partir da autodefinição da comunidade como quilombola, esta será inscrita no Cadastro Geral junto à Fundação Cultural Palmares (FCP), que expedirá certidão respectiva na forma do regulamento, podendo-se iniciar, a partir de então, o procedimento administrativo no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Importante mencionar que, atualmente, o Governo Federal é explicitamente contrário às pautas quilombolas e indígenas, o que reflete na desarticulação e desestruturação dos órgãos federais responsáveis por essas políticas.

1872 A mesma problemática se percebe na questão indígena, já que a Constituição estabeleceu explicitamente, no art. 67 do ADCT, um prazo de cinco anos para a conclusão da demarcação das terras indígenas, o que está longe de ser cumprido, mesmo trinta e um anos depois. “Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”.

1873 Promulgação da CADH por meio do Decreto Presidencial nº 678/2002.

Interamericana para interpretá-la e aplicá-la (conforme art. 62 da CADH¹⁸⁷⁴) em 2002¹⁸⁷⁵.

Ademais, é notório como a CADH passa a ser lida pela Corte IDH de modo integrado ao *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos, através das interpretações não restritivas de seus dispositivos. Como exemplo dessa integração, a Corte IDH recorre à Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, promovendo a ampliação da cobertura dos direitos humanos na região, voltados aos povos e comunidades tradicionais.

Neste estudo, destaca-se como a significativa jurisprudência que vem sendo fixada pela Corte IDH (MELO, 2006) e as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos repercutiram, enquanto referências balizadoras, nas decisões dos tribunais superiores brasileiros sobre a temática quilombola, notadamente na decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a Comunidade dos Remanescentes do Quilombo da Ilha da Marambaia e no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3239, que atacava o Decreto nº 4.887/2003.

2. COMUNIDADE DOS REMANESCENTES DO QUILOMBO DA ILHA DA MARAMBAIA: O PRIMEIRO CASO ACERCA DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO BRASIL

O primeiro julgamento sobre o tema das comunidades quilombolas em Cortes Superiores no Brasil ocorreu no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em 17 de dezembro de 2009. A discussão processual chegou ao STJ por meio de Recurso Especial interposto por Benedito Augusto Juvenal, membro da Comunidade dos Remanescentes do Quilombo da Ilha da Marambaia, contra o acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2), em ação de reintegração de posse de autoria da União, com o objetivo de que fosse determinada a desocupação liminar e a consequente reintegração definitiva na posse da Ilha da Marambaia (Município de Mangaratiba/RJ).

No entanto, apesar de se tratar de uma ação contra um único indivíduo, naquela oportunidade de julgamento sobre o caso, o STJ não se manifestaria apenas sobre o direito do Sr. Benedito de permanecer no território onde sempre viveu, mas também em relação ao direito de toda a comunidade à qual ele pertence, cujo longo histórico de ocupação daquela área remonta ao período anterior à abolição da escravatura¹⁸⁷⁶.

1874 Artigo 62 - 1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção (...).

1875 Decreto nº 4.463/2002, que “promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969”.

1876 Importante pontuar que esta característica se refere ao caso desta comunidade quilombola em específico, com um passado que remonta ao período pré-abolição. No entanto, oportuno frisar que não existe qualquer data ou lapso temporal já determinado para que seja verificado o histórico de ocupação de área quilombola para o reconhecimento dessas comunidades no Brasil, pois os critérios atualmente utilizados são aqueles trazidos pelo Decreto nº 4.887/2003.

A União, por outro lado, entendia que a área militar havia sido invadida, tendo em vista que o imóvel havia sido incorporado ao seu patrimônio em 1905. Deste modo, lançou mão da estratégia processual¹⁸⁷⁷ de promover ações individuais contra os moradores, as quais descaracterizavam a existência comunitária enquanto fenômeno étnico e coletivo. Pleiteou-se, por meio dessas ações, a condenação dos réus para a restituição do imóvel, além do pagamento de indenização.

Sobre essa estratégia da União de propositura de ações individuais, ajuizadas a partir de meados da década de 1990, Lopes (2012) comenta que foram propostas onze ações de reintegração de posse de autoria da União contra moradores da comunidade:

As peças (petições) iniciais das ações eram praticamente idênticas: continham a descrição da história da propriedade da Ilha da Marambaia, desde o período em que pertencia ao Comendador Joaquim José de Souza Breves (século XIX) até a compra pela União Federal em 1905, com a posterior destinação do imóvel à administração das Forças Armadas. Além disso, apresentavam o morador/réu como “invasor” de área pertencente à União Federal e o pedido de reintegração de posse na autora com base na legislação civil.

Dentre essas ações, aquela em que o Sr. Benedito figurava como réu foi a única que chegou até o STJ¹⁸⁷⁸. Importante ressaltar que, na decisão em segundo grau, em que a ação havia sido julgada parcialmente procedente, fora determinada a reintegração da União na posse do imóvel, mas não se reconheceu o direito à indenização, conforme pretendia a Autora. Impende notar que, ao manter a sentença em relação à reintegração de posse, em 2006, o TRF2 apresentou, como principal argumento para negar ao morador o direito de permanecer naquela área, interpretação de todo restritiva dos quilombos, concebida a partir somente de uma noção histórica:

“1. O conceito jurídico de remanescentes das comunidades dos quilombos não pode se apartar da própria noção histórica acerca dos quilombos. Devido à prova de que a **Ilha de Marambaia**, nos idos do período da escravidão de pessoas de cor negra no Brasil, servia como **entreposto do tráfico de escravos, não seria de se considerar possível que no mesmo arquipélago fossem também instaladas comunidades integradas por escravos fugidos e as famílias** que eles passaram a compor”¹⁸⁷⁹. (grifou-se)

Como relata Vitorelli, apesar de o Recurso Especial em questão envolver um caso individual, diante da possibilidade de revisão pelo STJ da decisão prolatada em segunda

1877 Além dessa estratégia processual de descaracterização da existência coletiva da comunidade, que englobava em torno de trezentas famílias, necessário apontar outros dispositivos que eram utilizados para precarização da comunidade pela administração militar da ilha, dentre os quais o antropólogo ARRUTI destaca: a intervenção sobre as construções das moradias quilombolas, a restrição do direito à subsistência por meio da proibição das roças com a redução do território ao espaço de habitação e a restrição da disponibilização de qualquer política pública na ilha (2010, p. 110).

1878 No levantamento feito por LOPES (2012), das 11 (onze) ações, 2 (duas) haviam sido extintas por nulidade processual, em 2 (duas) houve revelia, 5 (cinco) foram suspensas por conta da decisão prolatada no âmbito da Ação Civil Pública proposta em 2002 pelo Ministério Público Federal, em 1 (uma) houve vitória do Sr. Benedito frente à União no STJ, em 1 (uma) houve vitória quilombola no TRF2, em 2 (duas) havia sido expedido mandado de reintegração de posse para a União e em 1 (uma) havia sido concedida a liminar em favor da União.

1879 BRASIL. TRF-2. Apelação Cível nº 373518/RJ 1998.51.01.009932-4, Relator: Desembargador Federal Guilherme Calmon, Data de Julgamento: 08/08/2006, Data de Publicação: DJU 15/08/2006.

instância, “a tese discutida valeria para toda a comunidade, de modo que o Ministério Público Federal, atuando como fiscal da lei, produziu pareceres, memoriais e sustentações orais no caso” (2016, p. 251).

Neste conflito processual, chama atenção o fato de que a União, que figurava como a autora da ação de reintegração de posse, tem o dever de titular os territórios quilombolas, conforme mandamento constitucional previsto no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Assim, mediante análise constitucional, em posicionamento diametralmente oposto ao da segunda instância, seguindo o voto vista do Ministro Luiz Fux, os Ministros da 1ª Turma do STJ deram provimento unânime ao recurso quilombola¹⁸⁸⁰. Sobre esse julgamento paradigmático, relevante apontar que o voto do Ministro Fux fundamentou-se na especial proteção dada pela Constituição da República a essas comunidades, com base no ideário da dignidade da pessoa humana, no objetivo de promoção da igualdade substantiva e na construção de uma sociedade pluralista, sem nenhuma forma de discriminação.

Assim, o Ministro entendeu que os quilombolas “ostentam direito à justa posse definitiva que mantém, mercê de a mesma conferir-lhes direito à titulação”¹⁸⁸¹, consoante previsto no artigo 68 do ADCT. Sob a égide do Estado Democrático de Direito, ratificou-se que os quilombolas têm direito à posse das áreas ocupadas pelos seus antepassados até a titulação definitiva.

Ainda, para o desfecho obtido neste caso, as repercussões da Ação Civil Pública (ACP n.º 2002.51.11.000118-2) proposta pelo Ministério Público Federal em 2002 foram muito importantes, dentre as quais se destacam os fundamentos técnicos produzidos por meio de laudos antropológicos¹⁸⁸² e também os fundamentos jurídicos, aduzidos na sentença, que repercutiram na consolidação do entendimento do STJ diante da análise da ação de reintegração de posse aqui abordada.

1880 BRASIL. STJ. REsp nº 931.060/RJ 2007/0047429-5, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 17/12/2009, 1ª Turma, Data de Publicação: DJe 19/03/2010.

1881 BRASIL. STJ. REsp nº 931.060/RJ. Voto vista. Min. Luiz Fux. Julgamento em 17/12/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/03/2010, p. 11.

1882 Segundo relatório técnico apresentado pela Fundação Cultural Palmares sobre o histórico da titularidade da Ilha da Marambaia o primeiro registro de propriedade da área é de 1856, em nome do Comendador Joaquim José de Souza Breves, que instalou no local um entreposto do tráfico negreiro. Consignou-se que, quando a área passou para a jurisdição da Marinha, em 1906, já habitava na ilha comunidade em que viviam os “remanescentes de escravos”. Dessa forma, o Juiz Federal entendeu que “com efeito, os quilombos, consoante o Decreto 4887/2003 são as chamadas ‘terras de preto’ ou ‘comunidades negras rurais’, que se constituíram não apenas através das fugas com ocupação de terras livres e isoladas, mas, igualmente, através de heranças, doações, compras, recebimentos de terras como pagamento de serviços prestados, entre outras formas, anteriores ou posteriores à abolição”. Ação Civil Pública n.º 2002.51.11.000118-2, Juízo da Vara Federal de Angra dos Reis/RJ (Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro - Poder Judiciário, de 29 de março de 2007, páginas 71-74).

Sobre o trâmite da ACP, necessário considerar que o MPF obteve decisão liminar e sentença favorável aos interesses da comunidade quilombola¹⁸⁸³, no entanto, o TRF2 suspendeu os efeitos da sentença. O desfecho desta ACP se deu apenas sete anos depois de prolatada a sentença, em 2007, quando, em 2014, foi assinado um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que, finalmente, definiu o limite máximo das áreas da comunidade, excluindo aquelas que a Marinha considerou necessárias para as suas atividades militares.

Retornando à decisão da Primeira Turma do STJ na ação de reintegração de posse, em 2009, foi consolidado o posicionamento de que a ação movida pela União contra o Sr. Benedito não deveria prosperar, reconhecendo-se, por conseguinte, o direito da comunidade quilombola, conforme acórdão:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TERRENO DE MARINHA. ILHA DA MARAMBAIA. **COMUNIDADE REMANESCENTE DE QUILOMBOS. DECRETO N.º 4.887, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2003, E ART. 68 DO ADCT.** 1. A Constituição de 1998, ao consagrar o Estado Democrático de Direito em seu art. 1º como cláusula imodificável, fê-lo no afã de tutelar as garantias individuais e sociais dos cidadãos, através de um governo justo e que propicie uma sociedade igualitária, sem nenhuma distinção de sexo, raça, cor, credo ou classe social. 2. Essa novel ordem constitucional, sob o prisma dos direitos humanos, assegura aos remanescentes das comunidades dos quilombos a titulação definitiva de imóvel sobre o qual mantém posse de boa-fé há mais de 150 (cento e cinquenta) anos, consoante expressamente previsto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 3. **A sentença proferida no bojo da Ação Civil Pública n.º 2002.51.11.000118-2, pelo Juízo da Vara Federal de Angra dos Reis/RJ (Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro - Poder Judiciário, de 29 de março de 2007, páginas 71/74), reconheceu a comunidade de Ilhéus da Marambaia/RJ como comunidade remanescente de quilombos, de sorte que não há nenhum óbice para a titulação requerida.** 4. Advirta-se que a **posse** dos remanescentes das comunidades dos quilombos **é justa e de boa fé.** Nesse sentido, conforme consta dos fundamentos do provimento supra, a Fundação Cultural Palmares, antiga responsável pela identificação do grupo, remeteu ao juízo prolator do *decisum* em comento relatório técnico-científico contendo [...] “todo o histórico relativo à titularidade da Ilha de Marambaia, cujo primeiro registro de propriedade fora operado em 1856, junto ao Registro de Terras da Paróquia de Itacuruçá, em nome do Comendador Joaquim José de Souza Breves, que instalou no local um entreposto do tráfico negreiro, de modo que, ao passar para o domínio da União, afetado ao uso especial pela Marinha, em 1906, já era habitado por remanescentes de escravos, criando comunidade com características étnico-culturais próprias, capazes de inserí-los no conceito fixado pelo artigo 2º do indigitado Decreto 4.887/03”. 5. A equivocada valoração jurídica do fato probando permite ao STJ sindicar a respeito de fato notório, máxime no caso *sub examinem*, porque o contexto histórico-cultural subjacente

1883 Com a condenação do INCRA para conclusão do procedimento administrativo de titulação da comunidade no prazo de um ano e a condenação da União para tolerar a permanência dos integrantes da comunidade e permitir o retorno dos integrantes que haviam sido desalojados, garantindo-se o respeito ao tradicional estilo de vida do grupo.

ao *thema iudicandum* permeia a alegação do recorre de verossimilhança. 6. **Os quilombolas têm direito à posse das áreas ocupadas pelos seus ancestrais até a titulação definitiva, razão pela qual a ação de reintegração de posse movida pela União não há de prosperar, sob pena de por em risco a continuidade dessa etnia, com todas as suas tradições e culturas. O que, em último, conspira contra pacto constitucional de 1988 que assegura uma sociedade justa, solidária e com diversidade étnica.** 7. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL. STJ. REsp nº 931060/RJ 2007/0047429-5, Relator: Ministro Bendito Gonçalves, Data de Julgamento: 17/12/2009, 1ª Turma, Data de Publicação: DJe 19/03/2010) (grifou-se)

De acordo com Vitorelli, trata-se do precedente jurisprudencial brasileiro mais relevante para o conceito de comunidades quilombolas (2016, p. 250), cujo conteúdo é consentâneo ao que foi previsto pelo Decreto nº 4.887/2003:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Deste modo, superou-se a definição historicizante da categoria identitária, aquela dos escravos fugidos, que só serviria aos próprios senhores e à ordem escravocrata, para, então, reconceituá-la, conforme já anteriormente assentado na sentença proferida em 2007, no âmbito da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal:

No caso dos autos, verifica-se a presença da apropriação coletiva da terra, vez que as famílias de pescadores da Marambaia permaneceram, de fato, dentro de um regime próprio de uso do território. Isto porque, conforme consta dos laudos acostados aos autos, além da pesca a população utilizava-se das terras da ilha para cultivos agrícolas de subsistência que davam ao grupo uma grande capacidade de autonomia com relação ao continente e ao mercado. Por fim, **a conceituação de quilombos unicamente como local de escravos fugidos remonta ao próprio período escravocrata de nossa sociedade, de forma a caracterizar o escravo em condição ilegal, fugido de seu proprietário. É um conceito que favorece unicamente ao senhor escravista. A CR/88, ao consagrar o direito à terra dos remanescentes de quilombos não o fez tomando com base os quilombos unicamente como locais de negros fugitivos, mas sim referindo-se ao uso da terra segundo os costumes e tradições das comunidades negras**¹⁸⁸⁴. (grifou-se)

Embora tenha sido uma vitória e um precedente muito importantes para essa comunidade em específico e para todas as demais, no âmbito do STJ, abrindo caminho para a decisão tomada pelo STF, em 2018, necessárias constante vigília e especial atenção para que os entendimentos jurisprudenciais não reforcem ainda mais o fato de que os conceitos utilizados para a descrição dos grupos sociais provoquem uma redução dessa mesma alteridade, haja vista as “necessidades de produção de unidades genéricas de intervenção e controle social” (ARRUTI, 1997, p. 20).

1884 Sentença proferida nos autos da ACP nº 2002.51.11.000118-2. Juiz Raffaele Felice Pirro. Publicado no DOERJ de 29/03/2007.

Estas unidades são submetidas a certos padrões de identidade recortados pelo Estado e, dada a tendência de heteroidentificação de um sistema jurídico ainda imposto e produzido por uma elite branca, há que se acautelar para a defesa contundente do critério de autoidentificação, garantido pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho¹⁸⁸⁵. Estes esforços visam, afinal, que os processos de fixação dos critérios de validação dos destinatários da norma constitucional não acabem por atuar como um novo “fator limitador da possibilidade de reconhecimento de direitos a grupos que não se encaixem no padrão estabelecido como modelo” (RIBEIRO, 2018, p. 142-147).

Neste sentido, importante destacar precedentes da Corte IDH, sobre a incidência do quanto disposto pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais¹⁸⁸⁶, o mais importante tratado de direitos humanos sobre esses grupos, na interpretação do art. 21¹⁸⁸⁷ (direito à propriedade privada) da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Conforme decisão no Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa contra o Paraguai¹⁸⁸⁸, na sentença proferida pela Corte IDH em 17 de junho de 2005:

130. A Convenção nº 169 da OIT contém diversas disposições que têm relação com o direito à propriedade comunal das comunidades indígenas que se examina neste caso, disposições que podem ilustrar o conteúdo e o alcance do artigo 21 da Convenção Americana. O Estado ratificou e incorporou a referida Convenção nº 169 a seu direito interno por meio da Lei nº 234/93.

Neste caso analisado pelo tribunal interamericano, o Estado Paraguai havia ratificado e incorporado a referida Convenção a seu direito interno por meio da Lei nº 234/1993. Já no caso do Povo Indígena Kichwa Sarayaku contra o Equador¹⁸⁸⁹, cuja sentença data de 27 de junho de 2012, entendeu-se que, mesmo quando o Estado não internalizou a Convenção nº 169 da OIT, como o Equador, ela servirá como um balizador hermenêutico¹⁸⁹⁰ para a Corte decidir questões envolvendo comunidades tradicionais.

Sobre a relevância dessa decisão, Paiva e Heemann (2020, p. 229) comentam:

1885 Segundo a garante a Convenção em seu artigo 1º, “a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”. Já o Decreto Federal nº 4.887 de 2003, em seu artigo 2º §1º, estabelece que “para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade”.

1886 Vale ressaltar que, nos termos do entendimento cristalizado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 466343/SP, a Convenção nº 169 da OIT possui *status* suprallegal, ou seja, está abaixo da Constituição, mas acima das leis.

1887 Artigo 21. Direito à propriedade privada: 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. (...)

1888 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Comunidade Indígena Yakye Axa c. Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 17 de junho de 2005, Série C N.º 125, §130.

1889 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Povo Indígena Kichwa Sarayaku c. Equador*, Mérito e Reparações, Sentença de 27 de junho de 2012, Série C N.º 245, §161.

1890 Neste sentido, calha a lição de Ramos (2020, p. 306): “Interessante que já há precedente sobre sua aplicabilidade como guia hermenêutico para que se interprete as demais obrigações de direitos humanos”.

A Convenção 169 da OIT é o mais importante tratado internacional de direitos humanos sobre Povos Indígenas e Tribais. Ela proporcionou uma mudança de paradigma no tratamento da matéria: introduziu o paradigma do multiculturalismo para as comunidades tradicionais e rompeu com o antigo paradigma do integracionismo, segundo o qual a finalidade era, em última instância, introduzir os membros dessas comunidades na sociedade envolvente, dando-lhes uma destinação social. Assim, além de aproveitar a gramática de Direitos Humanos quando da sua aplicação, a Convenção 169 da OIT também é utilizada como tratado internacional de auxílio na interpretação da CADH, dimensionando as obrigações de determinado Estado, independentemente de ratificação. Isso porque a Corte IDH pode se valer de qualquer tratado internacional aplicado no continente americano para buscar a melhor concretização dos direitos humanos consagrados na Convenção. Logo, não há qualquer problema em se interpretar a Convenção Americana à luz da Convenção 169 da OIT, mesmo em casos que envolvam aqueles Estados que ainda não ratificaram o tratado internacional em questão.

Assim, considerando que a Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, de 1989, entrou em vigor internacional, em 5 de setembro de 1991, e, para o Brasil, em 25 de julho de 2003, com *status* de norma supralegal, há que se resguardar os seus parâmetros de proteção em âmbito interno, também em conformidade com a jurisprudência da Corte IDH.

No caso da Comunidade dos Remanescentes do Quilombo da Ilha da Marambaia, aqui analisado, tem-se que o STJ, ao rejeitar a concepção histórica restritiva de quilombo que havia sido determinante para a decisão do TRF2, aproximou-se do entendimento já consolidado pela Convenção nº 169 da OIT e respaldado pela Corte IDH, a partir do critério identitário de autoatribuição.

Superado este primeiro tópico, passa-se a analisar a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, por meio da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239.

3. O JULGAMENTO DA ADI Nº 3239 E A EMBLEMÁTICA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA

Em 31 de janeiro de 2019, o Supremo Tribunal Federal publicava o resultado de um julgamento histórico: o da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3239, que, em 08 de fevereiro de 2018, por 10 votos a 1, foi julgada improcedente, reconhecendo-se a constitucionalidade do Decreto Federal nº 4.887/2003.

A ADI originou-se da mobilização contrária a este decreto¹⁸⁹¹, o qual regulamentou

1891 Sobre o tema, Almeida reflete que “os obstáculos às críticas das classificações usuais de quilombo, nitidamente inspiradas em alvarás e códigos da sociedade colonial, impuseram uma reflexão epistemológica sobre as condições de acesso ao conhecimento de uma constelação de agentes sociais designados na documentação como: quilombos, mocambos, quilombolas, calhambolas e mocambeiros. A tais agentes correspondem demandas bem específicas. Neste plano operativo situam-se as tensões sociais. Verifica-se uma prática oficiosa de repacer-se em um *modus operandi* retrógrado de recusa da titulação definitiva das terras das comunidades quilombolas, uma prática de dominação

o artigo 68 do ADCT, que trata da titulação de territórios às comunidades quilombolas, reação esta capitaneada pelo Partido Democratas, então denominado Partido da Frente Liberal (PFL). O decreto federal impugnado estabelece o procedimento por meio do qual o INCRA deve realizar a titulação desses territórios, materializando a previsão constitucional, que inaugura o reconhecimento do direito à propriedade coletiva dos territórios tradicionalmente ocupados por esses grupos como um direito fundamental.

Sobre o contexto histórico de regulamentação deste direito, é importante frisar que o Poder Executivo editou o decreto, em 20 de novembro de 2003 (Dia da Consciência Negra), observando os parâmetros internacionais de proteção a essas comunidades, conforme critério de autoatribuição previsto na Convenção nº 169 da OIT, que entrou em vigor para o Brasil em 25 de julho de 2003¹⁸⁹². Quando da edição do Decreto nº 4.887¹⁸⁹³, portanto, as obrigações advindas dessa Convenção já estavam em vigor na esfera internacional para o Brasil.

A primeira sessão de julgamento da ADI ocorreu em abril de 2012, tendo sido suspensa pelo pedido de vistas da Min. Rosa Weber, atendido pelo plenário, após o voto do Min. Relator e então Presidente do STF, Cezar Peluso. O voto do relator foi pelo deferimento do pedido, para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003¹⁸⁹⁴, tendo sido o único voto neste sentido, ao final do julgamento, em 2018.

Sobre o entendimento do Ministro Relator, sintomática a restrição que atribui ao conceito de quilombo e as possibilidades hermenêuticas do dispositivo constitucional ao entender pela inconstitucionalidade material do decreto, adotando a argumentação do Partido requerente como irrecusável. Neste sentido, localizou o conceito dentro dos marcos temporais arbitrários de uma ocupação que se iniciaria em 1888 e se estenderia até 1988:

São aqueles que subsistiam nos locais tradicionalmente conhecidos como quilombos, **entendidos estes na aceção histórica, em 05 de outubro de 1988**. Noutras palavras: os que, tendo buscado abrigo nesses locais (quilombos), antes ou logo após a abolição, **lá permaneceram até a promulgação da Constituição de 1988**. (...) Já no que tange ao conceito de *quilombos*, é de se ter presente que as muitas aceções que o termo admite são condicionadas por alguns fatores, tais quais, época, ponto de vista sociopolítico e a área do conhecimento daqueles que lidam com o tema. **Ora, identificados os requisitos temporais acima vistos, é seguro afirmar que, para os propósitos do art. 68 do ADCT, o constituinte optou pela aceção histórica, que é conhecida de toda a gente. Dos Dicionários da língua portuguesa, Aurélio Século XXI e Houaiss, retiram-se**

intimamente ligada à ideologia agrário-exportadora, apoiada na monocultura, no trabalho escravo e na concentração fundiária -, procedimento que remete à sociedade colonial, cujos princípios são vividos inconscientemente pelos aplicadores do direito como de um império imorredouro” (2011, p. 13).

1892 Um ano depois que o foi depositado pelo governo brasileiro o instrumento de ratificação junto à OIT, em 25 de julho de 2002, conforme previsão do art. 38 desta Convenção.

1893 Diferentemente do que argumentou o Ministro Relator Cezar Peluso em seu voto.

1894 Modulou os efeitos “determinando sejam considerados bons, firmes e valiosos os títulos até aqui emitidos”. BRASIL. STF. ADI nº 3239. Voto-vencido do Rel. Min. Antonio Cezar Peluso. Julgamento em 18/04/2012, p. 64.

as seguintes definições, respectivamente: “Esconderijo, aldeia, cidade ou conjunto de povoações em que se abrigavam escravos fugidos: “A palavra ‘quilombo’ teria o destino de ser usada com várias acepções, a mais famosa delas a de habitação de escravos fugidos, em Angola, e a desses refúgios e dos estados que deles surgiram no Brasil.” (Alberto da Costa e Silva, *A Enxada e a Lança*, p. 507.)” “1. Local escondido, geralmente no mato, onde se abrigavam escravos fugidos; 2. povoação fortificada de negros fugidos do cativeiro, dotada de divisões e organização”¹⁸⁹⁵. (grifou-se)

Assim, identificados os quesitos temporais formais (a abolição da escravatura em 1888 e a promulgação da constituição em 1988), entendeu que o constituinte optou pela acepção histórica de quilombo, citou os dicionários Aurélio Século XXI e Houaiss e não reconheceu o critério de autoatribuição da identidade, em contradição com o quanto disposto pela Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (RIBEIRO, 2015, p. 151-167).

Diante dos contornos em que o julgamento iniciou, com o entendimento pela inconstitucionalidade do decreto, interessa-nos destacar a importância das referências a precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos para que, ao final, fossem julgados improcedentes os pedidos do autor, nos termos do voto da Ministra Rosa Weber, que redigiu o acórdão (depois de quase 15 anos de iniciado o processo em 13 de abril de 2004). Assim, os vários precedentes no nosso sistema regional de proteção aos direitos humanos em matéria de povos indígenas e comunidades tradicionais são assaz relevantes para a orientação do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, o Ministro Roberto Barroso registrou em seu voto que a CADH também se constitui como fundamento de validade do Decreto nº 4.887/2003:

Não bastasse o exposto, **a Convenção Americana de Direitos Humanos** - esta, internalizada anteriormente ao Decreto 4.887/2003 - **dispôs sobre o direito de propriedade, bem como sobre a sua sujeição à função social, tendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidido que tal direito abrange a pretensão ao reconhecimento da propriedade comunal de populações indígenas e étnicas**, na extensão necessária à preservação de sua cultura e de seu “modus vivendi”. **Portanto, também a Convenção Interamericana de Direitos Humanos constitui fundamento de validade do Decreto 4.887/2003**¹⁸⁹⁶. (grifou-se)

Ademais, ao aceitar a jurisdição da Corte IDH, entende-se que o Brasil também se comprometeu “a acatar a interpretação que a Corte dá ao conteúdo das normas previstas na Convenção”, preenchendo o conteúdo normativo da CADH (LINS JR; LACERDA, 2017, 256-257). Sobre essa interpretação, destaca-se que a Comissão e a Corte Interamericana recorrem ao conceito progressividade dos direitos humanos para ampliar o alcance dos direitos consagrados, conferindo-lhes uma interpretação evolutiva (MELO, 2006, p.

1895 BRASIL. STF. ADI nº 3239. Voto-vencido do Rel. Min. Antonio Cezar Peluso. Julgamento em 18/04/2012, p. 38.

1896 BRASIL. STF. ADI nº 3239. Voto do Min. Roberto Barroso. Julgamento em 08/02/2018, p. 11.

31), como é o caso do art. 21, cujo alcance foi ampliado, a partir do Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicarágua¹⁸⁹⁷, para reconhecer o direito à propriedade comunal indígena e das comunidades afrodescendentes.

3.1 COMUNIDADE MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI C. NICARÁGUA: PRIMEIRO CASO JULGADO PELA CORTE IDH SOBRE A RELAÇÃO ENTRE AS COMUNIDADES TRADICIONAIS E A PROPRIEDADE DE SUAS TERRAS

Quando da análise pelo STF do pedido da ADI para declaração da inconstitucionalidade formal do Decreto nº 4.887/2003, por suposta ofensa ao art. 84, IV e VI da CF/88, a Ministra Rosa Weber, em seu Voto Vista, fundamentou-se na decisão da Corte IDH em relação ao caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicarágua (2001). Esta referência foi utilizada para argumentar que o decreto impugnado estaria apenas regulamentando um direito já existente e de aplicação imediata em sede constitucional, precisamente pelo fato de o direito ao território pelas comunidades quilombolas se tratar de uma norma de direito fundamental.

O caso da comunidade indígena na costa atlântica da Nicarágua foi apresentado, em junho de 1998, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos à Corte, para que decidisse se o Estado violara os artigos 1 (Obrigação de Respeitar os Direitos), 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno), 21 (Direito à Propriedade Privada) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção, tendo em vista o contexto no qual foi emitida uma disposição pelo Estado da Nicarágua para a exploração de madeira na área da comunidade. Ao apresentar o caso, a Comissão entendeu que:

(...) a Nicarágua não demarcou as terras comunais da Comunidade Awas Tingni, nem tomou medidas efetivas que assegurassem os direitos de propriedade da Comunidade em suas terras ancestrais e recursos naturais, bem como por haver outorgado uma concessão nas terras da Comunidade sem seu consentimento e por não haver garantido um recurso efetivo para responder às reclamações da Comunidade sobre seus direitos de propriedade¹⁸⁹⁸.

Pela instrução do caso, a Corte observou que:

o Estado não dispõe de um procedimento específico para a titulação da terra comunal indígena. Várias das testemunhas e peritos (...) que compareceram perante a Corte na audiência pública sobre o mérito do presente caso (pars. 62 e 83 supra), manifestaram que na Nicarágua há um desconhecimento geral, uma incerteza sobre o que deve ser feito e perante quem deve ser gerida uma petição de demarcação e de titulação. (...) Em razão

1897 “148. Através de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, levando em consideração as normas de interpretação aplicáveis e, conforme o artigo 29.b da Convenção - que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos, esta Corte considera que o artigo 21 da Convenção protege o direito à propriedade num sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no contexto da propriedade comunal, a qual também está reconhecida na Constituição Política da Nicarágua”. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicarágua*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2001, Série C N.º 79, §148.

1898 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicarágua*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2001, Série C N.º 79, §2.

do exposto, **esta Corte considera que na Nicarágua não existe um procedimento efetivo para delimitar, demarcar e titular as terras comunitárias indígenas**¹⁸⁹⁹. (grifou-se)

A Corte IDH gerou, desta maneira, um julgamento paradigmático no sistema regional interamericano, ao condenar o Estado da Nicarágua para que tomasse medidas (administrativas, legislativas ou de qualquer outra natureza) para regular procedimento específico para a garantia da propriedade comunal dos povos indígenas.

Trata-se do primeiro julgado da Corte IDH envolvendo a relação entre as comunidades tradicionais e a propriedade de suas terras, o qual teve como consequência o alargamento da proteção garantida pelo art. 21 da CADH em relação ao “direito à propriedade privada”, reconhecendo os direitos tribais e indígenas sobre suas terras ancestrais (TRUCCO, 2017, p. 73).

Sobre essa interpretação ampliada do art. 21 da CADH, Paiva e Heemann (2020, p. 111) destacam que:

O **ponto chave** do *Caso Awas Tingni vs. Nicarágua* é, sem sombra de dúvidas o **reconhecimento da propriedade comunal dos povos indígenas**. A Corte IDH, ao analisar o direito de propriedade previsto no art. 21 da CADH, conferiu interpretação evolutiva ao dispositivo, reconhecendo que, além do direito de propriedade privada, **o texto da Convenção também abrange a proteção da propriedade comunal dos povos indígenas em suas peculiaridades**. (grifou-se)

Assim, em referência a esse caso julgado em 2001 pela Corte IDH, anotou a Min. Rosa Weber em seu voto na ADI nº 3239:

Em convergência com esse entendimento a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do paradigmático caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, em 2001, ao declarar violados os artigos 21 (direito de propriedade) e 25 (direito a proteção judicial eficaz) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) pelo Estado da Nicarágua porque, não obstante reconhecida, na Constituição daquele país, a propriedade comunal dos povos indígenas sobre as terras por eles ocupadas, jamais havia sido regulado procedimento específico para permitir o exercício desse direito. Sentenciou a Corte Interamericana que o Estado demandado – a Nicarágua – equipasse o seu direito interno com mecanismos para efetivar a delimitação e a titulação da propriedade dos povos tradicionais, em conformidade com seus costumes, **fosse por medidas legislativas, fosse por medidas administrativas ou de qualquer outro caráter – justamente por se tratar de direito fundamental**¹⁹⁰⁰. (grifou-se)

Invocando esse argumento, dentre outros, entendeu a Ministra pela constitucionalidade formal do Decreto nº 4.887/2003, o qual, a partir do poder regulamentar da Administração Pública, retira da própria Constituição o fundamento e o critério imediato do agir administrativo, uma vez que o art. 68 do ADCT é norma garantidora

1899 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2001, Série C N.º 79, §124.

1900 BRASIL. STF. ADI nº 3239. Voto vista. Min. Rosa Weber. Julgamento em 25/03/2015, p. 20.

de direito fundamental¹⁹⁰¹. A Min. Rosa Weber não identificou, desta forma, a suposta invasão pelo decreto de esfera reservada à lei e a suposta violação dos artigos constitucionais sobre as competências privativas do Presidente da República.

3.2 COMUNIDADE MOIWANA C. SURINAME E COMUNIDADE SARAMAKA C. SURINAME

Mais adiante, ao tratar dos critérios de territorialidade, previstos no art. 2º, §3º do Decreto nº 4.887/2003, a Min. Rosa Weber trouxe a lume os precedentes da Corte Interamericana quando dos julgamentos dos casos Comunidade Moiwana contra Suriname e Comunidade Saramaka contra Suriname, destacando como o conceito de ocupação tradicional aproxima semanticamente a ocupação quilombola da ocupação indígena.

Os dois precedentes supracitados também ampliaram o entendimento da Corte IDH na interpretação do art. 21 da CADH, ao incluir a proteção para os povos tribais/comunidades étnicas descendentes de escravos no entendimento acerca da especial relação que os povos indígenas guardam com os seus territórios e da necessidade de preservação destes para garantia da sobrevivência física e cultural desses grupos (PIOVESAN; FACHIN; MAZZUOLI, 2019, p. 213-216).

No caso *Comunidade Moiwana c. Suriname*, a Corte reconheceu o direito de propriedade da comunidade descendente dos *marrons*. O caso trata de um ataque realizado em 29 de novembro de 1986 por membros das forças armadas do Suriname à comunidade N'djuka Maroon de Moiwana. Os soldados supostamente massacraram mais de 40 homens, mulheres e crianças e arrasaram a comunidade. Os que conseguiram escapar foram exilados ou internamente deslocados. Apesar de o ocorrido ser prévio ao reconhecimento pelo Suriname da competência da Corte, em 1987, entendeu-se que duas violações se mantiveram: o descumprimento do dever de investigar o massacre e a impossibilidade de as vítimas retornarem para suas terras ancestrais, as quais constituíram o objeto da demanda.

Assim, a Corte IDH, em relação ao art. 21 da CADH, ponderou que, a despeito de a comunidade não dispor do título legal formal da área, restou demonstrada a relação com suas terras tradicionais, da onde foram privados de manter sua posse tradicional, sendo

1901 Reconhecendo o artigo 68 do ADCT como um direito fundamental é a lição de Daniel Sarmiento (2010, p. 279): “O referido preceito constitucional atende, simultaneamente, a vários objetivos de máxima relevância. Por um lado, trata-se de norma que se liga à promoção da igualdade substantiva e da justiça social, na medida em que confere direitos territoriais aos integrantes de um grupo desfavorecido, composto quase exclusivamente por pessoas muito pobres e que são vítimas de estigma e discriminação. Por outro, cuida-se também de uma medida reparatória, que visa a resgatar uma dívida histórica da Nação com comunidades compostas predominantemente por descendentes de escravos, que sofrem ainda hoje os efeitos perversos de muitos séculos de dominação e violação de direitos. Porém, o principal objetivo do art. 68 do ADCT é o de assegurar a possibilidade de sobrevivência e florescimento de grupos dotados de cultura e identidade étnica próprias, ligadas a um passado de resistência à opressão, os quais, absorvidos pela sociedade envolvente. Para os quilombolas, a terra habitada, muito mais do que um bem patrimonial, constitui elemento integrante da sua própria identidade coletiva, pois ela é vital para manter os membros do grupo unidos, vivendo de acordo os seus costumes e tradições. Por tudo isso, pode-se afirmar que o art. 68 do ADCT encerra um verdadeiro direito fundamental e desta natureza resultam consequências hermenêuticas extremamente relevantes”.

que seu conceito de propriedade em relação a esse território não está centrado no indivíduo, se não na comunidade como um todo. Assim a Corte entendeu que sua jurisprudência sobre os direitos comunais à propriedade das comunidades indígenas também deveria ser aplicada em relação aos membros da “comunidade tribal” que residia em Moiwana.

135. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que Suriname violó el derecho de los miembros de la comunidad al uso y goce comunal de su propiedad tradicional. Consecuentemente, el Tribunal considera que el Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de los miembros de la comunidad Moiwana¹⁹⁰².

Em referência a este caso, a Min. Rosa Weber argumentou em seu voto que:

A temática mereceu debate no âmbito do sistema regional interamericano de proteção internacional dos direitos humanos. No caso da comunidade *Moiwana v. Suriname* (2005), a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o direito de propriedade de comunidade descendente dos *maroons* – designação dada em diversos países das Américas aos escravos fugitivos que formaram grupos independentes, que guardam evidentes similaridades com os quilombolas brasileiros – sobre as terras tradicionais com as quais mantidas relações territoriais específicas¹⁹⁰³.

Já o caso *Comunidade Saramaka c. Suriname*¹⁹⁰⁴ foi levado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos à Corte, a partir da denúncia apresentada em nome do povo Saramaka, para que fosse declarada a responsabilidade internacional do Estado pela violação dos artigos 21 (Direito à Propriedade) e 25 (Direito à Proteção Judicial) do Pacto de San José da Costa Rica, especialmente em relação aos efeitos contínuos associados à construção de uma represa hidroelétrica na década de 1960, que inundou territórios tradicionais dos Saramakas.

A questão a ser analisada girava em torno da possibilidade de entender os integrantes do povo Saramaka como uma comunidade tribal, o que se consolidou no julgamento, reconhecendo-se “a especial relação que os membros dos povos indígenas e tribais têm com seu território, para assim garantir sua sobrevivência social, cultural e econômica”. Deste modo, o Estado de Suriname foi condenado por violar o direito à propriedade coletiva da comunidade, fixando-se indenização ao grupo por dano material e imaterial.

Ainda, determinou-se, entre outros, a delimitação, a demarcação e a concessão do título coletivo do território dos membros do povo Saramaka, “de acordo com seu direito consuetudinário e através de consultas prévias, efetivas e plenamente informadas”, bem como a adoção, na legislação interna, de mecanismos para a realização de consultas prévias, efetivas e plenamente informadas com o povo Saramaka, assegurando-se a rea-

1902 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidade Moiwana c. Suriname*, Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de junio de 2005, Série C N.º 124, §135.

1903 BRASIL. STF. ADI nº 3239. Voto vista. Min. Rosa Weber. Julgamento em 25/03/2015, p. 42.

1904 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Povo Saramaka c. Suriname*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 28 novembro de 2007, Série C N.º 172.

lização de estudos de impacto ambiental e social previamente à outorga de concessões relacionadas com projetos de desenvolvimento.

Em referência a este segundo caso específico sobre uma comunidade afrodescendente julgado pela Corte IDH, a Min. Rosa Weber ponderou em seu voto que:

Já no caso da comunidade *Saramaka v. Suriname* (2007), também descendente de *maroons*, a Corte Interamericana ressaltou que o Estado demandado estava sujeito, forte no art. 21 do Pacto de San José da Costa Rica, a uma obrigação positiva “consistente em adotar medidas especiais que garantam aos membros do povo Saramaka o pleno e igualitário exercício do seu direito aos territórios que tradicionalmente tem utilizado e ocupado,” aí incluídos os recursos naturais imprescindíveis à sua sobrevivência neles contidos¹⁹⁰⁵.

Ambos precedentes foram citados pela Ministra quando de sua apreciação sobre a suposta alegação de inconstitucionalidade dos §§2º e 3º do art. 2º do decreto¹⁹⁰⁶, que se referem ao conceito de terras ocupadas e à previsão de que os critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos devem ser levados em consideração para a identificação, medição e demarcação das terras, assegurando a participação da comunidade, mas não como parâmetro único, de modo que a Ministra não identificou a suposta incompatibilidade do decreto com a Constituição da República¹⁹⁰⁷.

Ressalte-se que a CADH e a Corte IDH também foram invocadas no voto do Min. Luis Roberto Barroso, na medida em que dispôs sobre a sujeição do direito à propriedade à função social. Nesse sentido, destacou o entendimento da Corte IDH de que tal direito, conforme artigo 21 da CADH, abrange o reconhecimento da propriedade comunal de populações indígenas e étnicas.

O Ministro também fez referência especificamente aos casos da Comunidade Moiwana contra Suriname e da Comunidade Saramaka contra Suriname, a partir dos quais reforçou o entendimento de que “não há qualquer inconstitucionalidade ou perplexidade em assegurar às comunidades quilombolas a propriedade de toda a área necessária a preservar seu *modus vivendi* em sentido amplo”. Ainda, concluiu que:

Trata-se, ao contrário, de exigência constitucional expressa, decorrente dos arts. 215 e 216. Por outro lado, os critérios de territorialidade indicados pela comunidade constituem apenas o ponto de partida para a delimitação da área e serão submetidos a estudos

1905 BRASIL. STF. ADI nº 3239. Voto vista. Min. Rosa Weber. Julgamento em 25/03/2015, p. 42.

1906 Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

§1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.

§2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

§3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental.

1907 Neste ponto, a Min. Rosa Weber já havia superado a discussão sobre o critério de autoatribuição, a partir de sua interpretação da Convenção nº 169 da OIT.

e a laudo antropológico que poderão corroborar ou afastar a alegada territorialidade e sua extensão, assim como ocorre com o critério de autodefinição¹⁹⁰⁸.

Neste ponto, importante registrar que merece críticas o entendimento de que, além da definição territorial, o próprio critério de autoatribuição identitária funcionaria “como ponto de partida” para o procedimento de titulação. Isso porque, a partir da incorporação deste critério nos processos de regularização territorial, os laudos antropológicos deixam de exercer a função de “reconhecimento étnico-territorial” para assumir a função apenas de “reconhecimento territorial” (ARRUTI, 2006, p. 27-32).

Assim, a baliza incontornável para o reconhecimento étnico é a autoidentificação dos próprios grupos sociais¹⁹⁰⁹, de modo que a questão deixa de ser “a quem se aplica o direito”, devendo-se questionar, ao invés, “quais são os grupos que dirigem suas reivindicações a estes direitos” ou, ainda, quem são os sujeitos que orientam suas ações a partir do sentimento de pertencer a um grupo específico quilombola (O'DWYER, 2011, p. 113).

Ademais, os custos da autoidentificação e da mobilização de uma comunidade pelo reconhecimento como quilombola gera, antes do que o acesso ao território e a políticas públicas, como deveria, a explicitação de situações de conflito muitas vezes latentes, que se manifestam de modo violento, demonstrando que uma reivindicação de forma utilitária dessa identidade não seria possível, como os críticos ao critério de autoatribuição aventam. Para sustentar este pertencimento identitário, no processo de etnogênese, o grupo precisa mobilizar elementos históricos e culturais pré-existentes, conforme a memória coletiva, balizados na generalização conceitual que é reconhecida pelo Estado para fins jurídico-administrativos.

4. CONCLUSÕES

Conforme abordamos ao longo desse artigo, observa-se que os parâmetros do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte IDH têm sido fundamentais para a consolidação de uma jurisprudência favorável aos direitos das comunidades quilombolas no âmbito das Cortes Superiores brasileiras.

Demonstrou-se o modo como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos influenciou o julgamento da ADI nº 3239 pelo STF e como a Convenção Americana de Direitos Humanos tem sido um instrumento de concretização dos direitos dos povos e comunidades tradicionais, notadamente das comunidades afrodescendentes, em vários países da América Latina.

1908 BRASIL. STF. ADI nº 3239. Voto. Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 08/02/2018, p. 20.

1909 Em relação à decisão do STF sobre a ADI nº 3239, relevante sublinhar o fato de que não foi aplicado no julgamento qualquer marco temporal, o que limitaria o direito à autoidentificação das comunidades, na medida em que se criaria um requisito arbitrário impeditivo à titularização dos territórios, com base, por exemplo, na data de promulgação da Constituição de República, como ocorreu no julgamento do STF em relação à Terra Indígena Raposa Serra do Sol (CHAI; CAVALCANTE, 2018).

Ademais, indo além das decisões do tribunal interamericano acima citadas, necessário destacar que, através da análise do Caso das Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Génesis) contra Colômbia¹⁹¹⁰, a Corte reconheceu pela primeira vez, em 2013, as comunidades afrodescendentes como uma categoria jurídica autônoma de proteção, aplicando diretamente os direitos diferenciados reconhecidos às comunidades indígenas para as comunidades negras, como a propriedade coletiva das terras que ocupam (PAIVA; HEEMANN, 2019, p. 245).

Diante do quanto debatido, entende-se que é fundamental que não só as autoridades judiciárias, mas todas as autoridades públicas brasileiras exerçam o poder dever do controle de convencionalidade¹⁹¹¹ (HEEMANN, 2017), avaliando se as balizas acima delineadas – em relação às normas internacionais de direitos humanos – estão sendo observadas nos casos concretos envolvendo comunidades quilombolas e demais povos e comunidades tradicionais. A retroalimentação do sistema de precedentes e decisões judiciais nacionais a partir do arcabouço normativo das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos é, sem sombra de dúvidas, uma forma de correção de assimetrias e de observância ao princípio da norma mais favorável ao indivíduo (*pro persona*) nos casos concretos.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Quilombos e as novas etnias*. Manaus: UEA Edições, 2011.

ARRUTI, José Maurício. *Mocambo: antropologia e história do processo de formação quilombola*. Bauru/SP: EDUSC, 2006.

ARRUTI, José Maurício. A negação do território: estratégias e táticas do processo de expropriação na Marambaia. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; *et al.* (Orgs.). Caderno de Debates da Nova Cartografia Social. *Territórios quilombolas e conflitos*. Manaus: Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia / UEA Edições, 2010, p. 109-115.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; LUZ, Marlise da Rosa. Direitos humanos e movimentos sociais quilombolas na perspectiva de casos submetidos à Corte Interamericana. *Revista Direito & Paz*, v. 1, n. 40, 2019, p. 38-58.

CAVALCANTI, Ricardo Vinhaes M.; CHAI, Cássius Guimarães. Análise do direito à autodeterminação das comunidades quilombolas no julgamento da ADI nº 3239/2004 no STF: entre o degredo, o esquecimento e o desconhecimento jurídico. Porto Alegre: *Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo*, v. 4, p. 102-123, 2018.

HEEMANN, Thimotie. O exercício do controle de convencionalidade pelo membro do Ministério Público. In: *Revista Jurídica do MP-PR*, ano 4, nº 7, dezembro/2017, p. 141-162.

LEITE, Ilka Boaventura. Humanidades insurgentes: conflitos e criminalização dos quilombos. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; *et al.* (Orgs.). Caderno de Debates da Nova Cartografia Social. *Territórios quilombolas e conflitos*. Manaus: Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia / UEA Edições, 2010, p. 17-40.

LOPES, Aline Caldeira. *Marambaia: Processo Social e Direito. A Disputa Territorial entre a Comunidade Re-*

1910 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la bacia do Rio Cacarica c. Colômbia*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 20 de novembro de 2013, Série C N.º 270.

1911 Conforme a Corte IDH já decidiu, no caso Gelman contra Uruguai. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gelman c. Uruguai*, Mérito e Reparações, Sentença de 24 fevereiro 2011, Série C N.º 222.

manscente de Quilombos e a Marinha do Brasil. Encontro Nacional do CONPEDI. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI.. 1ed.Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

LINS JÚNIOR, George Sarmiento; LACERDA, Danilo Moura. O Direito de propriedade na Convenção Americana de Direitos Humanos e a superação da condição do marco temporal da posse indígena criada pelo STF no caso “Raposa Serra do Sol”. *Revista Direito & Paz*. São Paulo, n. 37, 2º semestre 2017, p. 253-272.

MELO, Mario. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 3, n. 4, 2006, p. 30-47.

O'DWYER, Eliane Cantarino. *Etnicidade e direitos territoriais no Brasil contemporâneo*. Iberoamericana (Madrid), v. 42, p. 111-126, 2011.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Aragon Thimotie. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina; MAZZUOLI, Valerio. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Editora Forense, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RIBEIRO, Dandara dos Santos Damas. *Análise ritual do julgamento da questão quilombola (ADIn 3.239/2004) pelo Min. Cezar Peluso no STF*. RT vol. 958, Agosto 2015).

RIBEIRO, Dandara dos Santos Damas. *Comunidade Quilombola Manoel Ciriaco dos Santos: identidade e famílias negras em movimento*. Rio de Janeiro: Grupo Multifoco, 2018.

SARMENTO, Daniel. *Por Um Constitucionalismo Inclusivo. História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TRUCCO, Marcelo (Director). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*. Comentada y anotada. Con mención de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Rosário: Editorial Juris, 2017.

VITORELLI, Edilson. *Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas*. 3 ed. Salvador: Editora Juspo-divm, 2016.

HISTÓRICAS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E O NECESSÁRIO CUMPRIMENTO DA CR/88 E DA CADH

Eneá de Stutz e Almeida

Célia Regina Ody Bernardes

RESUMO: Pretende-se demonstrar como os povos indígenas continuam sendo desrespeitados e discriminados no reconhecimento de seus direitos a partir da reflexão sobre a (in) validade da tese ruralista do “marco temporal” para as demarcações de terras indígenas perante o direito brasileiro (controle de constitucionalidade pelo STF a partir da CR/88) e o direito internacional dos direitos humanos (controle de convencionalidade pela CorteIDH com fundamento na CADH). Também são tematizadas as limitações da Lei 10.559/02 (anistia política) que, ao não reconhecer a legitimidade dessas coletividades, opera sua exclusão da política constitucional de reparação prevista como medida transicional no artigo 8º do ADCT. Por fim, constatado o conflito interpretativo entre STF e CorteIDH e dado o imperativo ético de solidariedade social, indaga-se, ao final, pela conduta constitucional e convencionalmente adequada e necessária por parte das/os integrantes do sistema de justiça e de todos os agentes públicos para promover a força normativa da política constitucional de demarcações de terras indígenas, bem como de todo e qualquer direito que envolva os povos originários, como é o caso da reparação constitucional da anistia política.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos territoriais e transicionais dos povos indígenas. Marco temporal. Anistia política. Controle de constitucionalidade e de convencionalidade. Justiça de transição.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Definição de povos e comunidades tradicionais que concretize o direito à multiplicidade ontológica; 3. Territorialidade coletiva e ancestral e violações de direitos dos povos e comunidades tradicionais pelo estado brasileiro; 4. A tese do marco temporal e os direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais; 4.1 A tese do marco temporal no STF; 4.2 O direito dos povos tradicionais à propriedade coletiva no SIDH; 4.3 Um exemplo de desrespeito ao direito dos povos tradicionais: a limitação da lei 10.559/02 (anistia política); 5. Considerações finais: força normativa da política constitucional de demarcação de terras tradicionais e solidariedade social.

1. INTRODUÇÃO

A reflexão a seguir pretende demonstrar como os povos originários têm sido desrespeitados e discriminados no reconhecimento de seus direitos no Brasil. Partiremos de duas questões, a saber: (1) a tese ruralista do marco temporal para as demarcações de terras indígenas é (in)válida perante o direito brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos?; e (2) considerando o imperativo ético (e constitucional!) de solidariedade social, o

que fazer para evitar o enfraquecimento da força normativa dessa política constitucional?

Na sequência, desenvolveremos nosso argumento em 3 partes principais. Após uma breve introdução ao que está em jogo quando se defende a tese ruralista do marco temporal, passaremos a expor o atual estado das discussões a seu respeito no Supremo Tribunal Federal (STF), tanto por seu Tribunal Pleno quanto em sua 2ª Turma para, ao final dessa primeira seção, discorrer sobre as inconstitucionalidades que tornam inválida essa tese.

Em um segundo momento, tematizaremos o direito dos povos indígenas à propriedade coletiva na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) para compreender as razões pelas quais concluímos que tanto a tese do marco temporal não resiste ao exercício do controle de convencionalidade, quanto quaisquer outros empecilhos a este direito significam flagrante desrespeito legal, constitucional e convencional a estes povos. Para exemplificar, faremos referência às limitações da Lei 10.559/02 (anistia política) pelo não reconhecimento da legitimidade dessas coletividades serem contempladas pela política constitucional de reparação, parte da transição prevista no artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Na terceira parte do trabalho, constatado o conflito interpretativo entre STF e CorteIDH e dado o imperativo ético de solidariedade social, indagamos, ao final, pela conduta constitucional e convencionalmente adequada e necessária por parte das/os integrantes do sistema de justiça e de todos os agentes públicos para promover a força normativa da política constitucional de demarcações de terras indígenas, bem como de todo e qualquer direito que envolva essas coletividades, como é o caso da reparação constitucional da anistia política.

2. DEFINIÇÃO DE POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS QUE CONCRETIZE O DIREITO À MULTIPLICIDADE ONTOLÓGICA

A Constituição da República de 1988 (CR/88), para concretizar o direito à igualdade, confere especial proteção a segmentos populacionais social, econômica e juridicamente mais vulneráveis e invisibilizados, como crianças, mulheres e pessoas idosas, além dos cerca de 4,5 milhões de pessoas que vivem de modo tradicional em 25% do território brasileiro. Além dos indígenas e dos quilombolas aos quais se refere expressamente a CR/88, há inúmeros outros grupos sociais que vivem de modo tradicional, a exemplo de caboclos/ribeirinhos amazônicos, caíçaras, açorianos, praieiros, ilhéus, agroextrativistas da Amazônia, jangadeiros, pescadores artesanais, seringueiros, beiradeiros, cipozeiros, pantaneiros, campeiros (pastoreio), caipiras/sitiantes, sertanejos/vaqueiros, quebradeiras de coco babaçu, babaçueiros, ciganos, pomeranos, geraizeiros, retireiros, varjeiros, comunidades de terreiro e comunidades dos faxinais de fundo de pasto.

É nesse âmbito especial de proteção que se incluem os povos e as populações tradicionais, cujas principais características, de acordo com Vieira (2014, p. 27), são:

- a. **Natureza:** contato e conhecimento aprofundado e íntimo com a natureza em que esses povos/comunidades tradicionais vivem;
- b. **Cultura:** autodiferenciação cultural de acordo com suas tradições e costumes;
- c. **Territorialidade:** presença de envolvimento ambiental nas relações sociais.

No direito brasileiro, povos/comunidades tradicionais são definidas, nos termos do artigo 3º, I, do Decreto n. 6.040/07 (“Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais”), como:

grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Nessa definição legal, é nuclear a definição de **territórios tradicionais**, que são:

os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações.

Vieira (2014, p. 41) observa que essa definição contempla uma noção de comunidade tradicional como “sujeito qualificado e centro irradiador de direitos cujo reconhecimento (...) protege e promove a cultura e o meio-ambiente ecologicamente equilibrado”, e não mais um mero meio para a garantia do meio-ambiente ecologicamente equilibrado, como ocorria na Lei 9.985/00.

Dessa forma, o Decreto n. 6040/07 concretiza os comandos constitucionais que, em seu conjunto, garantem o **direito à multiplicidade ontológica**, conceituado por Bezerra (2019, p. 49) como a “possibilidade jurídica de cada grupo social ter sua própria vida em conformidade a sua forma peculiar de ser e de estar no mundo”. Essa noção encontra suas condições de possibilidade de existência enquanto categoria jurídica autônoma a partir da superação do paradigma da assimilação/tutela fundado no etnocentrismo (VIEIRA, 2014, p. 22) e a adoção, a partir da CR/88, do paradigma da autodeterminação que pressupõe a pluralidade como dado inegável da realidade e o pluralismo existencial e jurídico como um horizonte a ser alcançado.

3. TERRITORIALIDADE COLETIVA E ANCESTRAL E VIOLAÇÕES DE DIREITOS DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS PELO ESTADO BRASILEIRO

O caráter central da territorialidade para o exercício do direito à multiplicidade ontológica é tão marcante que o documento final do 1º Fórum e 1ª Marcha das Mulheres Indígenas se intitula justamente “*Território: Nosso Corpo, Nosso Espírito*”. Nessa comunicação com a sociedade envolvente, as 2.500 indígenas integrantes de mais de

130 diferentes povos indígenas participantes da Marcha afirmam que seu feminismo se orienta justamente para a luta pela realização das demandas sociais relacionados a seus territórios. Sobre sua relação transcendental e coletivista com o território, afirmam:

Somos totalmente contrárias às narrativas, aos propósitos, e aos atos do atual governo, que vem deixando explícita sua intenção de extermínio dos povos indígenas, visando à invasão e exploração genocida dos nossos territórios pelo capital. Essa forma de governar é como arrancar uma árvore da terra, deixando suas raízes expostas até que tudo seque. Nós estamos fincadas na terra, pois é nela que buscamos nossos ancestrais e por ela que alimentamos nossa vida. Por isso, o território para nós não é um bem que pode ser vendido, trocado, explorado. O território é nossa própria vida, nosso corpo, nosso espírito.

Lutar pelos direitos de nossos territórios é lutar pelo nosso direito à vida. A vida e o território são a mesma coisa, pois a terra nos dá nosso alimento, nossa medicina tradicional, nossa saúde e nossa dignidade. Perder o território é perder nossa mãe. Quem tem território, tem mãe, tem colo. E quem tem colo tem cura.

Quando cuidamos de nossos territórios, o que naturalmente já é parte de nossa cultura, estamos garantindo o bem de todo o planeta, pois cuidamos das florestas, do ar, das águas, dos solos. A maior parte da biodiversidade do mundo está sob os cuidados dos povos indígenas e, assim, contribuimos para sustentar a vida na Terra.

Queremos respeitado o nosso modo diferenciado de ver, de sentir, de ser e de viver o território. Saibam que, para nós, a perda do território é falta de afeto, trazendo tristeza profunda, atingindo nosso espírito. O sentimento da violação do território é como o de uma mãe que perde seu filho. É desperdício de vida. É perda do respeito e da cultura, é uma desonra aos nossos ancestrais, que foram responsáveis pela criação de tudo. É desrespeito aos que morreram pela terra. É a perda do sagrado e do sentido da vida.

Assim, tudo o que tem sido defendido e realizado pelo atual governo contraria frontalmente essa forma de proteção e cuidado com a Mãe Terra, aniquilando os direitos que, com muita luta, nós conquistamos. A não demarcação de terras indígenas, o incentivo à liberação da mineração e do arrendamento, a tentativa de flexibilização do licenciamento ambiental, o financiamento do armamento no campo, os desmontes das políticas indigenista e ambiental, demonstram isso. (MULHERES INDÍGENAS, 2019).

Com essas considerações iniciais acerca da territorialidade, as Mulheres Indígenas (2019) anunciam suas principais lutas pelo direito a seu território tradicional:

- a. demarcação das terras indígenas (*violar nossa mãe terra é violentar nosso próprio corpo e nossa vida*);
- b. posse plena dos territórios indígenas, protegendo-os contra os principais riscos (*exploração mineratória, que nos envenena com mercúrio e outras substâncias tóxicas, o arrendamento e a cobiça do agronegócio e as invasões ilegais que roubam os nossos recursos naturais e os utilizam apenas para gerar lucro, sem se preocupar com a manutenção da vida no planeta*);
- c. garantia, pelo Poder Judiciário, do direito originário às terras tradicionais com a rejeição da tese do marco temporal; as mulheres indígenas esperam que, no

juízo do Recurso Extraordinário 1.017.365, o STF interprete a CR/88 acolhendo a tese do Indigenato (Direito Originário) e exclua a tese do Fato Indígena (Marco Temporal).

Não é sem razão que as mulheres indígenas dirigiram vários pontos de sua carta ao Poder Judiciário brasileiro, pois as violações a seus direitos territoriais são praticadas, em grande parte, pelo próprio Estado brasileiro e, muito particularmente, pelo Poder Judiciário. Outra não foi a conclusão a que chegou a CorteIDH no **caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. Na sentença de 5 de fevereiro de 2018, a CorteIDH declarou o Estado brasileiro **internacionalmente responsável pela violação do direito à garantia judicial de prazo razoável** (artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos/CADH), bem como pela **violação dos direitos de proteção judicial e à propriedade coletiva** (artigos 25 e 21 da CADH), em detrimento do Povo Indígena Xucuru e seus membros.¹⁹¹²

Para a CorteIDH, tanto a CR/88 como sua interpretação pelo STF conferem

*(...) preeminência ao direito à propriedade coletiva sobre o direito à propriedade privada, quando se estabelece a posse histórica e os laços tradicionais do povo indígena ou tradicional com o território. Ou seja, os direitos dos povos indígenas ou originários prevalecem frente a terceiros de boa-fé e ocupantes não indígenas.*¹⁹¹³

Não sendo essa uma questão a ser objeto de ponderação pela CorteIDH, a controvérsia versou “sobre determinar se as ações executadas pelo Estado no caso concreto foram efetivas para garantir esse reconhecimento de direitos e o impacto que sobre ela teve a demora dos processos.”¹⁹¹⁴

A CorteIDH concluiu ter sido excessiva a demora do processo administrativo, em especial a homologação e a titulação do território Xucuru (1989 a 2005), bem como injustificável o tempo transcorrido para que o Estado realizasse a desintrusão do território titulado, o que resultou na violação estatal do **direito à garantia judicial de prazo razoável** (artigo 8.1 da CADH, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento).¹⁹¹⁵

Além disso, em que pese o reconhecimento formal da propriedade coletiva de seus territórios desde novembro de 2005, a CorteIDH concluiu que permanecem descumpridas as obrigações positivas para garantir o direito à propriedade e o direito de segurança jurídica do povo Xucuru ao uso e gozo pacífico da totalidade de seus territórios tradicionais em razão de ainda não ter sido completada sua desintrusão.¹⁹¹⁶

1912 *Povo Indígena Xucuru e seus membros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 de fevereiro de 2018, Série C No. 346.

1913 *Idem ibidem*.

1914 *Povo indígena Xucuru e seus membros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 fevereiro 2018, Series C, n. 346. Resumo oficial emitido pela corte interamericana.

1915 *Povo indígena Xucuru e seus membros c. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 5 fevereiro 2018, Series C, n. 346.

1916 *Idem ibidem*.

Apesar de a CorteIDH ter reconhecido que o Estado não tem responsabilidade direta quanto às ações interpostas por terceiros não indígenas, a demora excessiva em seu processamento e resolução “gerou um impacto adicional sobre a frágil segurança jurídica do povo Xucuru em relação à propriedade de seu território ancestral.” Por essas razões, a CorteIDH concluiu que “o processo administrativo de titulação, demarcação e desintrusão do território indígena Xucuru foi parcialmente ineficaz” e que “a demora na resolução das ações interpostas por terceiros não indígenas afetou a segurança jurídica do direito de propriedade do Povo Indígena Xucuru”, de modo que **o Estado brasileiro violou os direitos à proteção judicial e à propriedade coletiva** (artigos 25 e 21 da CADH, em relação a seu artigo 1.1).¹⁹¹⁷

Observe-se que o Poder Judiciário contribuiu para a consolidação das duas situações violadoras de direitos, eis que houve demora excessiva e injustificável no processamento das ações ajuizadas tanto na fase anterior quanto na fase posterior ao reconhecimento formal da propriedade coletiva dos territórios coletivos e ancestrais do povo Xucuru.

Atualmente, uma das principais causas de demora excessiva na conclusão do reconhecimento formal da propriedade coletiva das terras dos povos e comunidades tradicionais de indígenas e quilombolas consiste na adoção, por parcela significativa do Poder Judiciário brasileiro, da tese do marco temporal, que será objeto do próximo tópico.

4. A TESE DO MARCO TEMPORAL E OS DIREITOS TERRITORIAIS DE POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

A tese do marco temporal foi construída pelos ruralistas com o objetivo de paralisar e fazer retroceder a implementação da política constitucional de demarcação de terras indígenas. Com essa tese, pretendem impedir qualquer demarcação de terra indígena cujo povo que a reivindica como de ocupação tradicional não mais nela estivesse na data da promulgação da CR/88, independentemente do motivo de sua saída. Não importa se foram assassinados a mando dos grileiros que usurparam a terra indígena para nela empreender negócios milionários. Também não interessa se o povo indígena parou de desenvolver suas atividades tradicionais naquela porção de terra porque morreram depois de lamber seus corpos aspergidos com açúcar adicionado de estricnina. Muito menos vem ao caso se esses indígenas não estavam mais em suas terras por terem sofrido bombardeio aéreo com dinamite ou com venenos químicos.

Os defensores dessa tese tentam fazer esquecer que inúmeros povos indígenas sofreram remoções forçadas e foram praticamente dizimados em razão de um primeiro contato com a sociedade nacional envolvente sem os devidos cuidados sanitários, o que provocou a morte de milhares de indígenas ao longo do período investigado pela Co-

1917 *Idem ibidem*.

missão Nacional da Verdade (CNV) em razão de sarampo, gripe e disenteria (VALENTE, 2017). E o pior é que são bem sucedidos nesta empreitada, uma vez que sempre que se faz referência ao número de vítimas da ditadura no Brasil todos esses indivíduos são esquecidos na contagem, pois o único número é o de menos de 500 pessoas, nominadas no relatório, na sua grande maioria provenientes das áreas urbanas brasileiras. Por esta mesma razão, costuma-se comparar o número de vítimas das ditaduras do chamado Cone Sul (Brasil, Argentina, Uruguai e Chile), atribuindo-se pouquíssimas mortes no Brasil, já que os milhares de indígenas não são computados. A conclusão deste raciocínio covarde e genocida (além de falso e distorcido) é que a ditadura no Brasil quase não teve vítimas fatais, principalmente se considerarmos o tempo de duração e o número de vítimas nesta comparação com os países vizinhos.

Voltando à tese do marco temporal, a pretensão dos ruralistas não encontra eco na CR/88, na qual não se lê nenhuma linha a respeito de qualquer marco temporal de ocupação. Pelo contrário, o único dispositivo que alude a algum marco para a demarcação de terras indígenas enuncia direito titularizado pelos povos e atribui à União a obrigação de concluir todas as demarcações no prazo de 5 anos a partir de sua promulgação, repetindo dispositivo que já constava no “Estatuto do Índio”, de 1973 (cf. artigo 65, Lei 6001/73, editada com fundamento de validade na EC 1/69). Ou seja, a obrigação da União de demarcar as terras indígenas consta do ordenamento jurídico brasileiro há décadas e, apesar da renitente mora estatal em cumpri-la, não é uma novidade da CR/88 e jamais poderá pode ser utilizada para limitar os direitos dos povos indígenas (VILLARES, 2013, p. 128).

Apesar disso, a tese do marco temporal vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário em várias decisões que impedem o início ou a conclusão de procedimentos de demarcação de terras indígenas. Vem acontecendo o que fora até agora inimaginável em termos de retrocesso no âmbito dos direitos desses povos: os procedimentos administrativos de demarcação que já tramitavam há décadas, porquanto extremamente burocratizados e insuportavelmente lentos, plenos de interrupções e suspensões judicialmente autorizadas, agora são abruptamente anulados por decisões judiciais que chegam a anular portarias declaratórias de terras indígenas já publicadas pelo Ministério da Justiça. Aqueles povos que lutavam há décadas para concretizar seu direito constitucionalmente previsto agora são surpreendidos com a volta à estaca zero na luta por seus direitos territoriais. E pior, esse retorno ao início é determinado justamente pelos atores estatais encarregados, em tese, de garantir os direitos constitucionais dos povos indígenas, quais sejam, as juízas e juízes brasileiros.

Por essas razões, é possível concluir que a tese do marco temporal enfraquece a força normativa da política constitucional quanto aos direitos territoriais dos povos indígenas delineada no artigo 231 da CR/88 e, portanto, é inadmissível em vista da cláusula constitucional da proibição do retrocesso e de outras razões de inconstitucionalidade que passaremos a desenvolver a seguir, no tópico sobre o estado da questão no STF.

4.1 A TESE DO MARCO TEMPORAL NO STF

O STF, em sua composição plenária, até hoje rechaçou a aplicação da tese do marco temporal por ter reconhecido situação de esbulho renitente nos conflitos fundiários que julgou. Tanto no famoso caso Raposa-Serra do Sol, quanto no protagonizado pelos Pataxó Há Hãe Hãe, o STF entendeu que a única resposta constitucionalmente adequada consistia na demarcação da terra indígena, porquanto a diminuta ou nenhuma presença de indígenas em suas terras na data da promulgação da CR/88 decorria de “recorrentes situações em que os indígenas foram expulsos de suas terras pelos não índios, e a elas foram impedidos de regressar, ainda que com a terra guardassem as condições necessárias – materiais e imateriais – para a configuração da ocupação tradicional” (PEGORARI, 2017, p. 249).

No caso “Raposa Serra do Sol” (julgado em 2009, Roraima), entendeu-se, para fundamentar a decisão de demarcar de forma contínua essa TI, que:

A tradicionalidade da posse nativa (...) não se perde onde”, em 1988, “a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios, como no “Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em” toda a área.¹⁹¹⁸

No julgado em que o STF concluiu pela demarcação da terra indígena dos Pataxó Há Hãe Hãe (em 2012, Bahia), entendeu que:

(...) A baixa demografia indígena na região em conflito em determinados momentos históricos, principalmente quando decorrente de esbulhos perpetrados por forasteiros, não consubstancia óbice ao reconhecimento do caráter permanente da posse dos silvícolas (sic). A remoção dos índios de suas terras por atos de violência não tem o condão de afastar-lhes o reconhecimento da tradicionalidade de sua posse. (...) A posse obtida por meio violento ou clandestino não pode opor-se à posse justa e constitucionalmente consagrada.¹⁹¹⁹

Da mesma forma, nas ACOs 362 e 366 (TI Xingu e Pareci, julgadas em 16/8/17), o Tribunal Pleno do STF afastou a tese do marco temporal por considerar que os fundamentos da decisão no caso Raposa/Serra do Sol não são vinculantes e se restringem ao caso julgado e não a outros, bem como porque a ocupação tradicional das terras indígenas estava demonstrada nos autos. No julgamento dessas ações, o STF reputou suficiente a existência de vínculo anímico com a terra e, também, que somente a desocupação voluntária descaracteriza a terra indígena. Além disso, nesse julgamento, o Tribunal Pleno estabeleceu que as terras indígenas não são terras devolutas desde 1891,

1918 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Petição 3388*. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, j. 19 mar. 2009.

1919 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Cível Originária 312*. Relator: Ministro Eros Grau, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux. Brasília, j. 2 maio 2012. Nesse julgamento, o Pleno permitiu, inclusive, a ampliação da demarcação originária em respeito à tradicionalidade da ocupação indígena. Lê-se na ementa do julgado que (...) o respeito às comunidades indígenas e à sua cultura implica reste preservada a possibilidade de superveniente inclusão, pela união, através de demarcação administrativa ou mesmo judicial, de novas áreas na reserva indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu além da já reconhecida nestes autos.

de modo que não convalidaram títulos privados em terras indígenas sem marco temporal desde 1988.¹⁹²⁰

Nesses conflitos fundiários, portanto, o Tribunal Pleno do STF reconheceu a situação de esbulho renitente e negou a aplicação da tese do marco temporal. Em tais julgados, os efeitos da decisão se restringiram apenas às partes processuais daquele caso concreto de demarcação daquela TI, mas, por razões bem distintas e distantes dos fundamentos jurídicos que conduziram o julgamento da Raposa-Serra do Sol, esse julgado acabou sendo o impulso inicial da tese jurídica do marco temporal da ocupação. Por mais claro que se tenha que o STF, em sua composição plenária, não adotou a tese do marco temporal em nenhum desses casos, tanto se repetiu essa inverdade e tão veementemente foi defendida pela frente parlamentar do agronegócio, que a tese acabou sendo adotada em casos julgados pela 2ª Turma do STF e, a partir daí, repetida à exaustão, de forma acrítica e abstrata, divorciadamente da complexidade dos conflitos reais, em inúmeras decisões das juízas e juízes federais e dos Tribunais Regionais Federais.

Diferentemente do que foi decidido no Pleno, a 2ª Turma do STF aplicou a tese do marco temporal desconsiderando a realidade do esbulho renitente em 3 conflitos fundiários levados a julgamento no segundo semestre de 2014.¹⁹²¹

No primeiro desses julgamentos (RO-MS 29087), a 2ª Turma declarou a nulidade do processo administrativo de demarcação da TI Guyraroká (MS) e da respectiva Portaria declaratória (n. 3.219/09, do Ministro de Estado da Justiça) por entender que o processo demarcatório não observou o marco temporal, sendo nulo por inexistir efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios na área contestada na data da promulgação da CR/88.¹⁹²²

No segundo caso (ARE-AgR 803462), relativo à TI Limão Verde (MS), o órgão fracionário retrocedeu ainda mais na compreensão dos direitos dos povos indígenas, ao afirmar, restritivamente, que o esbulho renitente (...) *não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado*. Para sua configuração, é necessário *efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até 1988, conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada*.¹⁹²³

Nesses julgados, o STF ignorou sem nenhuma solenidade as décadas do sangrento conflito fundiário notoriamente conhecido no Mato Grosso do Sul, demonstrados à exaustão, dentre outros, pelos relatórios do Conselho Indigenista Missionário (2018) e da Comissão Pastoral da Terra (2019). Negar o direito à demarcação em situação na

1920 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Cível Originária 362 e Ação Cível Originária 366*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, j. 16 ago. 2017.

1921 São eles: RMS 29087 (TI Guyraroka, Guarani Kaiowá, MS); ARE-AgR 803462 (TI Limão Verde, Terena, MS); RMS 29542 (TI Porquinhos, Canela, MA).

1922 SUPREMO Tribunal Federal. 2ª Turma. *RMS 29087*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, j. 16 set. 2014.

1923 SUPREMO Tribunal Federal. 2ª Turma. *ARE-AgR 803462*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, j. 09 dez. 2014.

qual os indígenas não ocupavam efetivamente a terra ancestral porque delas expulsos e delas mantidos afastados à força, equivale a cancelar toda a história de assassinatos e jagunçagem que envergonha a Colônia, o Império e a República brasileiros; significa premiar quem enriqueceu à custa do esbulho das terras indígenas e tripudiar em meio ao cheiro do sangue derramado que fertiliza o agronegócio na resistência secular ao etnogenocídio tentado ou consumado por particulares e também pelo Estado brasileiro. Isso sem mencionar o desrespeito à CR/88, que deveria ser observada e reverenciada pelo STF, a qual explicita a proteção aos povos indígenas.

No terceiro julgamento de 2014 (RMS 29542), a 2ª Turma retrocedeu no que diz respeito à ampliação de demarcação de TI. Nesse julgamento, invalidou a Portaria declaratória (n. 3.508/09, do Ministério da Justiça) que corrigiu os limites originariamente estabelecidos para a TI Porquinhos, dos Canela-Apãjekra, no MA, em procedimento viciado por ausência de *qualquer fundamentação antropológica e por ter sido norteado pelos interesses econômicos regionais, resultando na supressão de parte das terras de ocupação tradicional desse povo*.¹⁹²⁴

Para tanto, entendeu o órgão fracionário que a tese do marco temporal veda a ampliação de terra indígena demarcada antes ou depois da promulgação da CR/88, em contrariedade ao entendimento mais atual do Pleno do STF, que no julgamento da ACO 312, dos Pataxó, na Bahia, que mencionamos acima, permitiu a ampliação da demarcação originária em respeito à tradicionalidade da ocupação indígena. Lê-se na ementa do julgado que (...) *o respeito às comunidades indígenas e à sua cultura implica reste preservada a possibilidade de superveniente inclusão (...) de novas áreas na reserva indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu além da já reconhecida nestes autos*.¹⁹²⁵

O entendimento da 2ª Turma do STF não encontra respaldo na corte nos últimos anos¹⁹²⁶ justamente porque é indefensável à luz da história e do presente brasileiros: à magistrada e ao magistrado não é permitido ignorar o contexto fático que envolve os conflitos fundiários em julgamento. Às juízas e juízes brasileiros não é admitido desconhecer que atestados de inexistência de índios eram negociados pelo órgão indigenista desde a década de 50 para facilitar a venda patrimonialista de terras indígenas ou demarcar porções diminutas dessas terras, muito menores do que as de ocupação tradicional e ancestral (VALENTE, 2017).

O esbulho das terras indígenas pelo agronegócio era e continua sendo condição de possibilidade de expansão da fronteira agrícola brasileira na Amazônia legal. Essa circunstância histórica vem sendo ignorada pelo Poder Judiciário em julgamentos de conflitos

1924 SUPREMO Tribunal Federal. 2ª Turma. RMS 29542. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, j. 30 set. 2014.

1925 SUPREMO Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Cível Originária 312. Relator: Ministro Eros Grau, Relator p/ Acórdão: Ministro Luiz Fux. Brasília, j. 2 maio 2012.

1926 Cf., por exemplo, os seguintes processos que tramitam no STF: MS 31901, MS 31901, MS 28555, MS 28567, MS 32709, MS 33821, MS 34201 e MS 33922.

fundiários, o que é coerente com a cultura jurídica dominante no Brasil, na qual a técnica jurídica media relações abstratas entre normas, e não relações concretas entre pessoas tendo as normas como referência. Sendo assim, é possível abstrair completamente uma decisão do conflito concreto nela deduzido, por ser esse conflito irrelevante para tal aferição. Juízas e juízes atuam em um mundo jurídico que se apresenta como um universo paralelo desconectado da complexidade do real onde são travados os conflitos fundiários. Nesse mundo, bastaria haver normas enunciando direitos e, assim, suas previsões abstratas tornariam despidiendas as lutas por sua realização. É como se a concretização de direitos não dissesse respeito ao julgador nesse dispositivo de redução do mundo real e dos conflitos e segregações concretas a um jogo lógico formal de imputações.¹⁹²⁷

Dito isso, cumpre sistematizar as inconstitucionalidades em que incorre a tese do marco temporal da ocupação (PEGORARI, 2017, 248-249).

Em primeiro lugar, a tese se apresenta como uma interpretação restritiva do direito fundamental previsto no art. 231 da CR/88, que define terras indígenas como sendo as “habitadas pelos índios em caráter permanente, mas não exige que eles a estivessem ocupando, necessariamente, na data da promulgação da CR/88, justamente pelos critérios trazidos pelo marco da tradicionalidade”.

A segunda crítica diz respeito à desatenção ao problema do “esbulho renitente”, porquanto inúmeros povos indígenas não estavam ocupando suas terras no dia em que a CR/88 foi promulgada por essa razão.

O terceiro ponto de crítica reside na arbitrariedade na escolha do marco temporal. Os julgados da 2ª Turma do STF restringiram o direito originário à terra adotando “um marco temporal irrefletido que não guarda qualquer vínculo racional com a situação jurídica analisada” e que foi estabelecido arbitrariamente, ignorando o caráter originário dos direitos territoriais dos povos indígenas e a sangrenta história das graves violações dos direitos humanos desses povos.¹⁹²⁸

Assim agindo, parcela do STF deixou de ser o guardião dos direitos territoriais dos povos indígenas, pois, segundo Pegorari (2017, p. 253),

(...) falhou em garantir o direito dessa minoria em situação de extrema vulnerabilidade ao deixar de exercer seu poder contramajoritário em face de outros poderes do Estado e dos particulares detentores do poder econômico. Assim, resta a pergunta: o que fazer quando o último mecanismo de proteção a direitos fundamentais do Estado sucumbe?

1927 O argumento desenvolvido nesse parágrafo foi exposto pelo juiz federal José Carlos Garcia, da SJRJ, em diálogo travado com juíza(e)s federais, dentre a(o)s quais estava uma das coautoras.

1928 Para Pegorari (2017, p. 249), a motivação da adoção desse marco temporal é, simplesmente, a vontade de não mais demarcar nenhuma terra indígena, pois dos votos sobressai “o discreto alívio de se pôr um ponto final no já tão prolongado debate”, eis que constante dos fundamentos de decidir a preocupação de “jogar uma pá de cal” que findasse as discussões sobre a matéria, nas próprias palavras do Relator Ministro Carlos Britto. Para o pesquisador, a arbitrariedade do marco temporal na data da promulgação da Constituição pareceu “mais uma afobação em resolver o já prolongado debate, que, de fato, um anseio em dar-lhe uma mais apropriada solução.”

Nossa contemporaneidade é permeada por pluralidade de direitos e pluralidade de juízes, o que, no continente americano significa dizer que coexistem, no plano da previsão normativa, os direitos humanos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), e os direitos fundamentais nas Constituições nacionais dos Estados. Essa simultaneidade de planos normativos não é um problema, eis que a atuação dos juízes nacionais é primária, de modo que, se a violação de direito for devidamente reparada no sistema de justiça interno, desnecessário será o recurso ao SIDH, que é coadjuvante ou complementar à que oferece o Direito interno dos Estados-partes da CADH (MAZZUOLI, 2015, p. 808).

Os juízes nacionais são, portanto, os primeiros juízes dos direitos humanos (F. Tulken e J. Callewaert, apud SANTOS JUNIOR, 2013, p. 33), sendo imprescindível que exerçam suas funções com independência judicial, que é um dos pressupostos para que incorporem em seu padrão decisório o Direito Internacional dos Direitos Humanos e, assim, reparem a violação de direitos e previnam a ocorrência de novas violações. Portanto, a garantia do juiz independente pressupõe que o juiz nacional tenha as garantias indispensáveis para que prolate decisões que sejam contrárias aos poderes Executivo e Legislativo, se necessário for para fazer com que o Estado cumpra suas obrigações constitucionais e internacionais.

Sempre que o Poder Judiciário, ao invés de garantir, violar os direitos coletivos dos povos indígenas, restará aos esgualapados o acesso ao SIDH. A seguir, estudaremos a jurisprudência da CorteIDH a respeito do direito dos povos indígenas à propriedade coletiva.

4.2 O DIREITO DOS POVOS TRADICIONAIS À PROPRIEDADE COLETIVA NO SIDH

A República Federativa do Brasil, no exercício de sua soberania, vinculou-se, voluntariamente, às obrigações internacionais previstas na CADH, quando a ratificou pelo Decreto n. 678/92. Em outro ato de soberania, e, portanto, não automático, reconheceu como obrigatória a competência da CorteIDH sobre todos os casos relativos à interpretação e aplicação da CADH ao se comprometer internacionalmente a respeitar e cumprir as decisões oriundas da atividade jurisdicional dessa corte.¹⁹²⁹ O reconhecimento da competência obrigatória da CorteIDH ocorreu com o Decreto Legislativo 89, de 3/12/98, promulgado pelo Decreto do Executivo n. 4.463, de 8/11/02.

As consequências principais da declaração de reconhecimento dessa jurisdição contenciosa obrigatória são de duas ordens: em primeiro lugar, as decisões da CorteIDH vinculam e responsabilizam “o Estado brasileiro por eventual violação de Direitos

1929 Em 1969, a CADH é assinada durante a Conferência Especializada de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), San José (Costa Rica), entrando em vigor em 1978, após sua 11ª ratificação pelo Estado peruano. Em 1992, o Estado brasileiro ratifica a CADH, vinculando-se às obrigações internacionais nela previstas e, em 1998, reconhece como obrigatória a competência da CorteIDH sobre todos os casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção, nos termos de seu artigo 62, 1.

Humanos prevista na CADH e decorrentes da própria conduta do Estado, omissiva ou comissiva”; em segundo lugar, de acordo com Pegorari (2017, p. 255), o Brasil deverá

observar e cumprir em âmbito interno os direitos humanos previstos na CADH tais como interpretados pela Corte Interamericana, ou seja, deverá tomar por parâmetro a ótica internacional própria desta Corte quando interpretar os Direitos Humanos em âmbito interno, caso contrário, incorrerá no risco de ser responsabilizado internacionalmente.

E a CorteIDH vem construindo sólida jurisprudência em torno dos elementos constitutivos do direito de propriedade privada previsto no artigo 21 da CADH. De 2001 a 2015, julgou, no mínimo, 27 conflitos envolvendo violações de direitos territoriais de povos tradicionais (MOREIRA, 2017), dentre os quais destacamos, por terem tematizado especificamente elementos manejados na tese do marco temporal, o Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua (2001) e o Caso Sawhoyamaya vs. Paraguai (2006), cujas principais contribuições para o desenvolvimento do tema serão destacadas a seguir.

4.2.1 CASO COMUNIDADE MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI C. NICARAGUA (2001)

O processo movido pela comunidade Mayagna Awas Tigni contra a Nicarágua teve como objeto a responsabilidade internacional do Estado por falta de delimitação de seu território. Nos pontos resolutivos da sentença, a CorteIDH declarou que o Estado da Nicarágua violou o direito à propriedade consagrado no artigo 21 da CADH em prejuízo dos membros da comunidade e, por isso, foi condenada pela não demarcação de suas terras comunais. Dentre as principais ideias sobre o mérito do caso, destaco as seguintes:

- 1º a proteção ao direito à propriedade privada prevista no artigo 21 da CADH compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas à propriedade comunal¹⁹³⁰;
- 2º enquanto um Estado não delimitar, demarcar e titular a propriedade de uma comunidade indígena, deve se abster de realizar atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que atuem com sua aquiescência ou sua tolerância, afetem a existência, o valor, o uso ou o gozo dos bens situados na zona geográfica onde os membros da comunidade habitam e realizam suas atividades¹⁹³¹;
- 3º de acordo com o modo de vida tradicional dos povos indígenas, a propriedade coletiva tem natureza comunitária, distinguindo-se da noção de posse dos não índios justamente por não pertencer a um indivíduo exclusivamente, mas a toda a comunidade; essa noção comunitária de propriedade somente subsiste na medida da existência conjunta de seus elementos material e espiritual, do qual os membros da comunidade devem gozar plenamente, inclusive para que seu legado cultural seja transmitido a gerações futuras¹⁹³²;

1930 *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicarágua*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 31 de agosto de 2001, Série C N.º 79, § 148.

1931 *Idem*, § 148.

1932 *Idem*, § 149.

4º segundo o direito costumeiro dos povos indígenas, a propriedade prescinde de título para seu reconhecimento¹⁹³³.

4.2.2 CASO COMUNIDADE INDÍGENA SAWHOYAMAXA C. PARAGUAI (2006)

No segundo caso que trazemos à análise, movido pelos Sawhoyamaxa contra o Paraguai, a CorteIDH, em 2006, reconheceu o direito à propriedade coletiva apesar de a inefetividade do processo de solicitação de sua terra frente ao Paraguai ter tornado impossível às vítimas o acesso à terra. Além disso, a situação gerou um estado de alta vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária e de risco à vida e integridade física.¹⁹³⁴

No julgamento desse conflito, segundo Pegorari (2017, p. 248), foram analisadas duas questões importantes para que se possa aferir a adequação da tese do marco temporal à luz dos parâmetros de julgamento oferecidos pelo SIDH.

A primeira questão é a seguinte: a posse efetiva por parte dos indígenas é requisito necessário e indispensável para o reconhecimento da propriedade comunal? Sobre esse ponto, a CorteIDH concluiu que:

1. a posse produz efeitos equivalentes ao título de propriedade outorgado pelo Estado e confere o direito de exigi-los perante o Estado¹⁹³⁵;
2. nos casos em que a posse tenha sido perdida por motivos alheios à vontade dos indígenas, estes continuam os proprietários de suas terras, salvo se as tiverem vendido a terceiros de boa-fé¹⁹³⁶;
3. se a perda da posse ocorreu involuntariamente e as terras de uso ancestral e tradicional foram vendidas a terceiros de boa-fé, os indígenas mantêm o direito de recuperá-las ou de obter terras de igual extensão e qualidade, porquanto a posse não é pré-requisito que condiciona a existência desse direito¹⁹³⁷.

A segunda questão que a CorteIDH decidiu pode ser formulada nos seguintes termos: não sendo a posse um requisito necessário para o reconhecimento da propriedade tradicional, o direito à devolução da terra tem um limite temporal para ser exercido ou é imprescritível?

Aqui chegamos ao ponto do julgamento em que a CorteIDH se manifestou expressamente sobre a validade da tese do marco temporal à luz do direito à propriedade previsto na CADH: há algum marco temporal para o exercício do direito de recupe-

1933 *Idem*, § 151.

1934 *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29 de março de 2006, Série C No. 146.

1935 Nesse ponto, a CorteIDH aprofundou a ideia anunciada no §151 da sentença proferida no caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, de 2001, acima referida.

1936 Relativamente a esse entendimento, a CorteIDH aprofundou uma questão já debatida no caso *Comunidade Moiwana c. Suriname*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 15 de junho de 2005, Série C No. 124.

1937 *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29 de março de 2006, Série C No. 146, § 128.

ração das terras tradicionais? Se existir, esse marco permanece indefinido no tempo ou encontra algum limite temporal?

A CorteIDH entendeu que, enquanto a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas se mantiver em relação a suas terras tradicionais, o direito a reivindicá-las permanecerá vigente; caso contrário, se extinguirá. Além disso, assentou que o modo de identificação da relação espiritual e material entre povos e suas terras depende do povo indígena envolvido em cada caso concreto e poderá incluir uma análise do seu uso ou presença tradicional, seja através de laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; caça, pesca ou coleta permanente ou nômade; uso dos recursos naturais ligados a seus costumes ou qualquer outro elemento característico de sua cultura¹⁹³⁸. Por fim, entendeu que, se a relação com a terra é faticamente impossível, ou seja, se os índios estão impedidos de realizar a retomada do território por causas alheias à sua vontade e esses impedimentos (violência, ameaça etc.) representem um obstáculo real para manter essa relação, o direito à recuperação da terra persiste até que os impedimentos desapareçam¹⁹³⁹. No caso concreto, a CorteIDH concluiu que a Comunidade Sawhoyamaxa tem o direito de recuperar suas terras e que o Estado tem a obrigação de adotar as medidas necessárias para efetivá-lo.¹⁹⁴⁰

A tese do marco temporal não resiste ao controle de convencionalidade a que é obrigado a proceder o Poder Judiciário, que, de acordo com Mazzuoli (2016, p. 57), tem o

dever de controlar a convencionalidade das leis, adaptando (invalidando ou interpretando de modo conforme) as normas internas menos benéficas incompatíveis com as convenções internacionais de direitos humanos ratificadas e em vigor no país, impondo que se interprete as normas internacionais protetivas segundo o que eventualmente já decidiu a Corte[IDH].¹⁹⁴¹

1938 *Idem*, § 131.

1939 *Idem*, § 132.

1940 O Paraguai alegou três ordens de razões para não devolver às vítimas suas terras esbulhadas e destinadas à exploração de terceiros, quais sejam: primeiro, que as terras foram transferidas a terceiros; segundo, que estão sendo exploradas economicamente; terceiro, que essa situação está amparada por lei nacional. Todas essas alegações foram rejeitadas pela CorteIDH, que as considerou insuficientes para justificar a falta de concretização do direito de propriedade dos indígenas e relevar sua responsabilidade internacional: os dois primeiros argumentos levam à impossibilidade absoluta de devolução de terras aos indígenas, devendo haver, ao contrário, a adequada ponderação entre os direitos à exploração econômica da propriedade privada e ao uso tradicional da terra em cada caso concreto; no que tange ao terceiro argumento, não se sustenta porque a CADH é tratado multilateral que gera direitos a favor de indivíduos e não depende inteiramente da reciprocidade dos Estados. *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguai*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29 de março de 2006, Série C No. 146.

1941 O “controle primário” da convencionalidade deve ser efetuado pelos juizes nacionais, que são os mais capacitados para avaliar “o grau da violação de direitos perpetrada, pois melhores conhecedores de suas realidade e complexidades locais” (MAZZUOLI, 2016, p. 44). O exercício prioritário do controle de convencionalidade pelos tribunais internos tem sido ordenado pela CorteIDH desde o julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 setembro de 2006, Séries C No. 154, quando foi assentada a obrigação dos juizes nacionais de proceder ao controle de convencionalidade, tendo como material normativo controlante tanto a CADH quanto a interpretação que dela faz a CorteIDH, intérprete última da CADH (MAZZUOLI, 2016, p. 46-47). No caso *Trabajadores Dispensados del Congreso (Aguado Alfaro e outros) c. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2006, Série C No. 174, a CorteIDH decidiu que essa obrigação dos órgãos do Poder Judiciário deve ser feita inclusive de ofício (MAZZUOLI, 2016, p. 47-51). No caso *Cabrera García e Montiel Flores c. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C No. 220, a CorteIDH atribuiu ao controle de convencionalidade um efeito positivo ou construtivo, ampliou a obrigação a todos os órgãos vinculados à administração da justiça (e não

Como visto, a tese ruralista do marco temporal é inconveniente porque ignora o direito territorial de caráter tradicional e coletivo dos povos indígenas previsto no artigo 21 da CADH, na interpretação que lhe confere a CorteIDH e que, em resumo, entende que (1) a posse efetiva não é requisito necessário para a retomada de terras que povos tradicionais tenham perdido involuntariamente, ainda que já transferidas a terceiros de boa-fé que a estejam explorando economicamente, e que (2) o exercício do direito de retomada não tem limite temporal, perdurando enquanto mantida a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas em relação a suas terras tradicionais.

Mas não é só isso. A tese ruralista do marco temporal viola os critérios mínimos da justiça de transição constantes do Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade (2014a), em seu Texto 5, sobre “Violações de direitos humanos dos povos indígenas”, no qual

o Estado brasileiro (...) reconhece a sua responsabilidade, por ação direta ou omissão, no esbulho das terras indígenas ocupadas ilegalmente no período investigado e nas demais graves violações de direitos humanos que se operaram contra os povos indígenas articuladas em torno desse eixo comum.

É importante lembrar que a Comissão Nacional da Verdade (2014a) recomendou, para minimizar os danos decorrentes da conduta ilícita, justamente a “Regularização e desintrusão das terras indígenas como a mais fundamental forma de reparação coletiva pelas graves violações sofridas pelos povos indígenas”.

Como visto, parcela do Poder Judiciário, ao analisar os conflitos envolvendo direitos territoriais dos povos indígenas, ignora sem nenhuma cerimônia a jurisprudência da CorteIDH quanto ao direito à propriedade coletiva dos povos indígenas, e, portanto, não está cumprindo sua obrigação de controlar a convencionalidade da tese do marco temporal, expondo a República Federativa do Brasil à responsabilização internacional.

Há, portanto, conflito atual entre a interpretação dos direitos territoriais dos povos indígenas realizada pela 2ª Turma do STF no que tange ao “marco temporal da ocupação” e o direito de “propriedade coletiva, comunal ou ancestral” tal como a CorteIDH interpreta o artigo 21 da CADH.¹⁹⁴²

Há basicamente duas alternativas para solucionar esse conflito e, assim, evitar a responsabilização internacional do Estado brasileiro por descumprimento das obrigações assumidas no âmbito do SIDH: (1) o controle de convencionalidade por parte das

mais apenas aos juízes) e inaugurou o “diálogo intercortes”, ou seja, o diálogo entre juízes nacionais e internacionais é salutar tanto “de cima para baixo” quanto “de baixo para cima” (MAZZUOLI, 2016, p. 51-55). No caso *Gelman c. Uruguai*, Mérito e Reparações, Sentença de 24 fevereiro 2011, Series C No. 222, a CorteIDH entendeu que o controle de convencionalidade, de ofício, é obrigação de todos os órgãos do Estado (MAZZUOLI, 2016, p. 55-56). Por fim, o último movimento da CorteIDH no sentido da ampliação do controle de convencionalidade ocorreu no caso *Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros c. Honduras*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 8 de outubro de 2015, Série C No. 304, no qual o material normativo controlante foi ampliado para abranger “todo o *corpus juris* internacional de proteção, isto é, todo o mosaico protetivo dos sistemas global (onusiano) e regional (interamericano)” (MAZZUOLI, 2016, p. 56).

1942 O STF utiliza as expressões “direito à terra”, “direito à posse”, “direito de posse” ou “direito de usufruto exclusivo”, enquanto no âmbito do SIDH, empregam-se os termos “propriedade coletiva, comunal ou ancestral”.

juízas e juízes brasileiros, já mencionado; e (2) o diálogo entre as cortes, mediante o qual se adote, em matéria de direitos dos povos indígenas, uma interpretação conforme a CADH, tal como a entende a CorteIDH.

4.3 UM EXEMPLO DE DESRESPEITO AO DIREITO DOS POVOS TRADICIONAIS: A LIMITAÇÃO DA LEI 10.559/02 (ANISTIA POLÍTICA)

A Lei 10.559/02 veio para regulamentar o artigo 8º do ADCT. Esse artigo estabelece a política constitucional do que se convencionou chamar de Justiça de Transição (ALMEIDA, 2017) que, no Brasil, tem seu eixo estruturante na Anistia Política, e portanto, na política constitucional da reparação.

A Lei 10.559/02 criou a Comissão de Anistia para processar os requerimentos de anistia política e estabeleceu as regras para tanto. É sabido que os povos tradicionais sofreram muito mais do que a população urbana ou rural no Brasil no período do Estado de Exceção (1964-1988), embora nunca sejam lembrados nas estatísticas de vítimas, pois com grande frequência se afirma que a ditadura brasileira deixou menos de 500 mortos, usando-se o Relatório da Comissão Nacional da Verdade (2014a), como mencionado anteriormente. Não obstante, no mesmo Relatório a Comissão Nacional da Verdade (2014a) afirma que mais de 8000 indígenas foram exterminados no mesmo período, mas esse número simplesmente é desconsiderado.

Assim, também foi desconsiderada toda a tradição desses povos ao longo dos anos de atividade da Comissão de Anistia, pois um dos requisitos legais para propor o requerimento de anistia política, e consequentemente ver reconhecido o direito à reparação, é que o requerimento seja individualizado. Desta forma, as demandas dos povos tradicionais, sempre coletivas, pois não existe a individualização para essas culturas, não encontravam amparo legal para terem seus direitos reconhecidos. A jurisprudência da Comissão iniciou debates para contemplar a possibilidade de pedidos coletivos, tendo em vista a necessidade de levar a cabo a política constitucional de transição, mas os retrocessos ocorridos a partir do início de 2019 inviabilizaram totalmente esse caminho.

O espírito tanto da nossa CR/88 quanto da proteção da CADH é que a característica da identidade coletiva dos povos tradicionais seja respeitada. Nesse sentido, a exigência da individualização do requerimento previsto na Lei 10.559/02 é impeditiva para o reconhecimento dos atos de exceção praticados contra os povos indígenas. Em assim sendo, deveria ser relativizada para permitir que a principal reivindicação, que versa justamente sobre as terras tradicionalmente ocupadas que integram a identidade desses povos, pudesse ser atendida e, dessa forma, que a CR/88 e a CADH fossem cumpridas. Não pode uma lei infraconstitucional impor um limite que a Constituição impede.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: FORÇA NORMATIVA DA POLÍTICA CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS TRADICIONAIS E SOLIDARIEDADE SOCIAL

O diálogo entre cortes pode ser utilizado pelas magistradas e magistrados brasileiros para saldar a importante dívida que a República tem em relação aos povos e comunidades tradicionais. É imperativo que o sistema de justiça contribua mais efetivamente para a concretização dos direitos titularizados pelos povos e comunidades tradicionais, o que é sumamente capital para que se alcance o desenvolvimento nacional a partir da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, engajada na promoção do bem de todos, sem pobreza, sem marginalização e sem desigualdades.

Com efeito, as magistradas e magistrados, enquanto agentes políticos da República, têm significativa parcela de responsabilidade no que diz respeito à efetivação de várias das promessas até hoje não cumpridas da modernidade no plano da vida concreta das pessoas, sobretudo daquelas social e economicamente mais vulneráveis. É intolerável que juízas e juízes continuem desempenhando o papel de coveiros de direitos, ao invés de exercer sua função constitucional de garantidores de direitos humanos. É inadmissível que juízas e juízes atuem como porteiros da Lei, como no conto de Kafka.

Da mesma forma, qualquer pessoa que seja ou atue como agente público (à semelhança das/os Conselheiras/os da Comissão de Anistia e/ou a/o titular da pasta ministerial onde estiver alocada a Comissão¹⁹⁴³) deve reconhecer a característica única, minoritária, vulnerável e protegida constitucional e convencionalmente dos povos indígenas, a fim de reconhecerem seus direitos e não de negá-los, perpetuando a exclusão e perseguição que já dura mais de cinco séculos no Brasil.

Para tanto, é fundamental impedir que as cúpulas burocráticas funcionem como dispositivos de produção de magistradas e magistrados economicamente úteis e politicamente dóceis que elevam obediência a mérito e subjugam a independência judicial por meio de mecanismos que não se destinam abertamente a eliminar o pensamento diferente, mas resultam na distinção entre magistrados dóceis e magistrados rebeldes, organizando a transgressão à autoridade dos precedentes em uma tática geral dos assujeitamentos (FOUCAULT, 2003). O mesmo se aplica a todos os integrantes do sistema de justiça, bem como demais agentes públicos que estejam perpetuando a perseguição, exclusão e extermínio dos povos tradicionais.

Por fim, esperamos que as reflexões aqui desenvolvidas sirvam de denúncia e alerta, para que o caminho em curso de praticamente inviabilizar a existência dos povos tradicionais seja revertido. Só assim é possível sonhar com um Estado Democrático de

1943 Atualmente, a Comissão de Anistia encontra-se vinculada ao Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos.

Direito, com um Brasil único, solidário, fraternal e principalmente, respeitador dos direitos assegurados na Constituição da República e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Eneá de Stutz. “Uma breve Introdução à Justiça de Transição no Brasil”. Em: ALMEIDA, Eneá de Stutz (Org.). *Justiça de Transição no Brasil: apontamentos*. Curitiba: CRV, 2017.

BEZERRA, André Augusto Salvador. *Povos indígenas e direitos humanos: direito à multiplicidade ontológica na resistência Tupinambá*. São Paulo: Giostri, 2019.

COMISSÃO Nacional da Verdade. *Relatório, v. II, textos temáticos, Texto 5: Violações de direitos humanos dos povos indígenas*. Brasília: CNV, 2014a. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%202%20-%20Texto%205.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2016.

_____. *Relatório, v. III, Mortos e desaparecidos políticos*. Brasília: CNV, 2014b. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_3_digital.pdf. Acesso em: 12 fev. 2020.

COMISSÃO Pastoral da Terra. *Conflitos no Campo Brasil 2018*. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/component/jdownloads/send/41-conflitos-no-campo-brasil-publicacao/14154-conflitos-no-campo-brasil-2018?Itemid=0>. Acesso em: 08 set. 2019.

CONSELHO Indigenista Missionário. *Relatório: Violência contra os Povos Indígenas no Brasil - Dados de 2017*. Disponível em: <https://cimi.org.br/2018/09/relatorio-cimi-violencia-contra-os-povos-indigenas-no-brasil-tem-aumento-sistematico-e-continuo/>. Acesso em: 02 fev. 2019.

FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 2003. (Collection Tel, 225).

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. São Paulo: RT, 2015.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. São Paulo: RT, 2016.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. *Justiça socioambiental e direitos humanos: um análise a partir dos direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais*. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2017.

MULHERES Indígenas. *Território: nosso corpo, nosso espírito*. Documento final do 1º Fórum e da 1ª Marcha das Mulheres Indígenas, 10-14/8/19, Brasília/DF. Disponível em: <https://cimi.org.br/2019/08/marcha-mulheres-indigenas-documento-final-lutar-pelos-nossos-territorios-lutar-pelo-nosso-direito-vida/>. Acesso em: 07 set. 2019.

PEGORARI, Bruno. A tese do “marco temporal da ocupação” como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Aracê: Direitos Humanos em Revista*, ano 4, n. 5, fev. 2017, p. 242-262. Disponível em: <https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/144/79>. Acesso em: 22 jul. 2017.

SANTOS JUNIOR, Edinaldo César. *O sistema interamericano de direitos humanos: a garantia do juiz independente, imparcial e pré-constituído e seus reflexos no direito brasileiro*. 2013. 271 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, USP. São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-26112013-110250/pt-br.php>. Acesso em: 08 set. 2019.

VALENTE, Rubens. *Os fuzis e as flechas: história de sangue e resistência indígena na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VIEIRA, Marcelo Garcia. *Os direitos fundamentais das comunidades tradicionais: crítica ao etnocentrismo ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2014.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e Povos Indígenas*. 1ª ed. (2ª reimpr.). Curitiba: Juruá, 2013.

PREVENÇÃO E PROTEÇÃO: O ARTIGO 1.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E O MECANISMO DE MEDIDAS CAUTELARES

Paulo Pinto de Albuquerque

Luisa Maria Silva Merico

RESUMO: A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem uma relevante prática relacionada à outorga de medidas cautelares. Esse mecanismo, comum no direito internacional, busca evitar danos irreparáveis, assim como preservar uma situação jurídica. Particularmente no direito internacional dos direitos humanos, e conforme exemplificado na prática da Comissão Interamericana, as medidas cautelares têm relação direta com os deveres estatais de proteger e prevenir a violação de direitos. No Sistema Interamericano, esse dever está positivado no artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O presente artigo trata da conexão entre o artigo 1.1 da Convenção Americana, no aspecto dos referidos deveres de proteção e prevenção, e as medidas cautelares outorgadas pela CIDH, assim como explora a prática dessa consolidada até a atualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Medidas cautelares. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Dever de proteção. Dever de prevenção. Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Medidas cautelares no direito internacional. 3. Medidas Cautelares no Sistema Interamericano. 3.1 O artigo 1.1 da Convenção Americana e o *status* jurídico das decisões sobre medidas cautelares da Comissão Interamericana. 4. A prática da Comissão Interamericana em medidas cautelares. 4.1 Vida e integridade pessoal. 4.2 Saúde. 4.3 Liberdade de expressão. 4.4 Direitos políticos. 4.5 Identidade e vida familiar. 5. Limites do mecanismo de medidas cautelares.

1. INTRODUÇÃO

As medidas cautelares, provisórias ou interinas são comuns no direito internacional, inclusive no direito internacional dos direitos humanos. Apesar de algumas diferenças relacionadas ao seu escopo e práticas desenvolvidas pelos órgãos (*quasi*) judiciais, de forma geral, as medidas cautelares buscam proteger direitos e preservar o objeto de litígios, permitindo que as decisões desses organismos não sejam abstratas.

O Sistema Interamericano de direitos humanos tem uma extensa prática relacionada às medidas cautelares, as quais versam sobre situações graves e urgentes de risco de dano irreparável a algum(s) direito(s) específico(s). Por sua vez, o artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Convenção Americana” ou “Convenção”), “obrigação de respeitar direitos”, positiva, *inter alia*, os deveres estatais de proteger e

prevenir a violação de direitos humanos estabelecidos na Convenção. Nesse sentido, por uma razão lógica, a outorga de medidas cautelares pela Comissão implica o artigo 1.1 em tais deveres de proteção e prevenção.

O presente artigo busca explorar a conexão entre os deveres de prevenção e proteção estabelecidos no artigo 1.1 e as medidas cautelares, explorando a prática desenvolvida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (“CIDH”, “Comissão Interamericana” ou “Comissão”), e a situando juridicamente nos instrumentos que regem as funções da Comissão, particularmente a Convenção Americana e o Regulamento da CIDH.

2. MEDIDAS CAUTELARES NO DIREITO INTERNACIONAL

A faculdade de outorgar medidas cautelares é frequente nos principais tribunais internacionais e órgãos estabelecidos por tratado. As medidas cautelares, ou provisórias¹⁹⁴⁴, de maneira geral, buscam preservar direitos, seja evitando a concretização de um dano irreparável e/ou permitindo que as decisões tomadas pelas respectivas instituições não se tornem abstratas, possibilitando às partes cumpri-las adequadamente.

As decisões de concessão de medidas cautelares se diferem das decisões sobre o mérito dos casos, pois aquelas não julgam sobre a possível violação do direito internacional e consequente responsabilidade de um Estado, mas sim analisam se existe uma situação de risco de dano irreparável e/ou que frustraria o *efeito útil* de uma futura decisão de mérito. Em outras palavras, uma medida cautelar não prejudica sobre um eventual caso que possa ter relação com o assunto dessa. Por conseguinte, as implicações da outorga de medida cautelar também se diferem de uma decisão de mérito: enquanto a segunda eventualmente desencadeia deveres estatais de reparação, a primeira se relaciona com os deveres de prevenção e proteção.

Nesse sentido, a análise de uma solicitação de medida cautelar não requer que as alegações das partes estejam plenamente comprovadas, pois para tanto seria necessário examinar o mérito de provas. Em medidas cautelares a apreciação é *prima facie*, o que significa que a análise avalia se a informação disponível é suficiente para estabelecer um fato ou uma presunção. Em termos práticos, uma análise *prima facie* requer um mínimo de informação e detalhamento¹⁹⁴⁵.

No direito internacional, a competência dos tribunais para outorgar medidas cautelares pode ser encontrada nos seus respectivos tratados fundadores, estatutos ou regulamentos. No Estatuto da Corte Internacional de Justiça, o artigo 41 determina

1944 Os termos “medidas cautelares” e “medidas provisórias” normalmente são utilizados de forma intercambiada no direito internacional, com exceção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no qual, “medidas cautelares” se refere às medidas outorgadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e “medidas provisórias” àquelas outorgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1945 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Crianças e adolescentes privados de liberdade no “Complexo de Tatua-pé” da Fundação CASA a respeito do Brasil*. Medidas Provisórias. 4 de julho de 2006, considerando 23.

que, caso as circunstâncias requeiram, a Corte pode outorgar medidas provisórias “para preservar os respectivos direitos de cada parte”. O Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar prevê no seu estatuto (art. 25) apenas o poder de outorgar medidas provisórias, detalhando-o no seu Regulamento: além de preservar os direitos das partes, o Tribunal do Mar pode outorgar medidas provisórias para prevenir graves danos ao meio ambiente marinho (art. 89).

Formatos semelhantes são encontrados no direito internacional dos direitos humanos. A base jurídica que permite a Corte Interamericana de Direitos Humanos outorgar medidas provisórias está na própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O artigo 63.2 determina que, em casos de extrema gravidade e urgência, em que haja risco de danos irreparáveis às pessoas, a Corte pode outorgar medidas provisórias. Por sua vez, a Corte Europeia de Direitos Humanos outorga medidas provisórias com base no seu Regulamento. A regra 39 define que a Corte pode outorgar medidas que essa considera “no interesse das partes ou da conduta apropriada dos processos”. Por sua vez, a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos prevê no Protocolo que determina a sua criação, que essa pode adotar medidas provisórias em casos de “extrema gravidade e urgência e quando seja necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas” (art. 27.2).

Ainda no direito internacional dos direitos humanos, os órgãos conhecidos como *quasi* judiciais também possuem a faculdade de outorgar medidas provisórias/cautelares. Assim, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos as outorga com base no artigo 25 do seu Regulamento, em situações de “gravidade e urgência, que apresentem riscos de danos irreparáveis às pessoas ou ao objeto de uma petição ou caso pendente ante os órgãos do Sistema Interamericano”. De forma semelhante, a regra 98 do seu respectivo Regulamento permite a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos outorgar medidas provisórias. A antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos, apesar de inicialmente não possuir uma base jurídica explícita (RIETER, 2010) outorgava medidas provisórias desde 1958¹⁹⁴⁶. Em 1993, o Regulamento da Comissão Europeia formalizou essa prática (regra 36)¹⁹⁴⁷. Além dos mecanismos regionais, os órgãos estabelecidos por tratado no sistema universal frequentemente preveem em seus instrumentos normativos a possibilidade de outorgar medidas provisórias¹⁹⁴⁸.

1946 Comissão Europeia de Direitos Humanos, *Aplicação da CEDH à Ilha de Chipre (Grécia c. Reino Unido)*, Relatório de artigo 31 da Comissão, No. 176/56, 26 de setembro de 1958, p. 34.

1947 A regra utilizava a mesma linguagem adotada atualmente pela regra 39 do Regulamento da Corte Europeia de Direitos Humanos.

1948 Por exemplo: Organização das Nações Unidas, *Protocolo Facultativo a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, 1999, art. 5; Organização das Nações Unidas, *Regulamento do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial*, 1986, regra 94.3; Organização das Nações Unidas, *Protocolo Facultativo a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, 2006, art. 4.1; Organização das Nações Unidas, *Convenção Internacional sobre a Proteção de Todas as Pessoas de Desaparição Forçada*, 2006, art. 30.3; Organização das Nações Unidas, *Regulamento Provisório sobre o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, 2012, regra 7; Organização das Nações Unidas, *Protocolo Facultativo a Convenção sobre os Direitos das Crianças sobre um Procedimento de Comunicações*, 2011, art. 6; Organização das Nações Unidas, *Regulamento do Comitê de Direitos Humanos*, 1989 (conforme emendado em 2019), regra 94; Organização das Nações Unidas, *Regulamento do Comitê contra a Tortura*, 2014, regra 114.

Considerando o exposto, é factível argumentar que o poder de outorgar medidas provisórias é inerente a função judicial internacional, podendo-se estender o fundamento legal dessas ao direito consuetudinário. O exemplo da antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos supracitado ilustra adequadamente essa questão, pois diante da falta de determinação explícita da faculdade de determinar medidas provisórias, essa ainda assim estabeleceu e desenvolveu a prática.

É fácil entender essa decisão da Comissão Europeia quando se recorda que uma das funções das medidas provisórias é permitir que o órgão (*quasi*) judicial competente possa analisar uma comunicação/petição/caso em seu conhecimento sem que se frustre a efetividade de uma decisão de mérito, ou seja, a medida provisória protege o *effet utile* das decisões dos respectivos órgãos. Consequentemente, a falta dessa faculdade impediria que esses cumprissem, em determinados casos, seu objetivo e propósito.

Assim, fica manifesto que a faculdade de outorgar medidas cautelares aos órgãos (*quasi*) judiciais é comum no direito internacional, sendo essa uma ferramenta essencial para garantir seu devido funcionamento, em cumprimento das finalidades para as quais os Estados soberanamente decidiram pela sua criação.

3. MEDIDAS CAUTELARES NO SISTEMA INTERAMERICANO

De forma preliminar se deve aclarar que no Sistema Interamericano de Direitos Humanos se utiliza o termo “medidas cautelares” para referir-se àquelas relacionadas a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, enquanto o termo “medidas provisórias” se refere àquelas processadas no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa diferenciação de nomenclatura acompanha diferenças jurídicas substanciais. A principal e mais importante delas é entender que as medidas cautelares requerem demonstrar que a situação alegada é de **gravidade**, em contraste com o critério estabelecido para medidas provisórias, o qual refere-se a **extrema gravidade** (Convenção Americana, art. 63.2).

Existem também diferenças processuais. Enquanto para medidas cautelares, e para a Comissão Interamericana em si, indivíduos e organizações podem apresentar solicitações e comunicações diretamente, a solicitação de uma medida provisória à Corte Interamericana não é necessariamente dessa forma. Explica-se: a solicitação de medidas provisórias à Corte deve ser feita por intermédio da Comissão. Excepcionalmente, medidas provisórias podem ser solicitadas diretamente quando em conexão a um caso já em conhecimento da Corte (Regulamento da Corte, art. 27).

Também é importante destacar que existe uma relação entre medidas provisórias e medidas cautelares no Sistema Interamericano no sentido de que, desde a reforma do

Regulamento da Comissão em 2013¹⁹⁴⁹, se a Corte negar um pedido de medidas provisórias, a Comissão não poderá examinar os mesmos fatos (Regulamento da Corte, art. 25.13). Se ao momento de considerar uma solicitação de provisórias houver uma cautelar vigente sobre o mesmo assunto, essa mantém sua vigência até a decisão da Corte Interamericana (Regulamento da Corte, art. 25.12).

Especificamente com relação às medidas cautelares, foco principal desse artigo, a Comissão Interamericana as outorga, conforme o artigo 25 do Regulamento, para indivíduos ou grupos identificáveis, em “situações de gravidade e urgência que apresentem risco de dano irreparável às pessoas ou ao objeto de uma petição ou caso pendente nos órgãos do Sistema Interamericano.” Segundo o Regulamento:

- a. “gravidade da situação” significa o sério impacto que uma ação ou omissão pode ter sobre um direito protegido ou sobre o efeito eventual de uma decisão pendente em um caso ou petição nos órgãos do Sistema Interamericano;
- b. a “urgência da situação” é determinada pelas informações que indicam que o risco ou a ameaça são iminentes e podem materializar-se, requerendo dessa maneira ação preventiva ou tutelar; e
- c. “dano irreparável” significa os efeitos sobre direitos que, por sua natureza, não são suscetíveis de reparação, restauração ou indenização adequada.

Em contraste com o sistema de petições e casos, por meio do qual se alegam violações de direitos protegidos, uma solicitação de medidas cautelares não requer que os meios internos tenham sido esgotados. Considerando o caráter de urgência das situações alegadas em solicitações de medidas cautelares, exigir o esgotamento de recursos internos frustraria sua própria *raison d'être*.

Nesse sentido, o artigo 46.1.a da Convenção Americana, que menciona o esgotamento de recursos internos, se refere a “petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 [...]”, os quais concernem exclusivamente o sistema de petições e casos. Nota-se que os artigos 44 e 45 da Convenção Americana aludem a “denúncias ou queixas de **violação**”¹⁹⁵⁰ da Convenção¹⁹⁵¹. Conforme já mencionado, mecanismos de medidas cautelares, por sua própria natureza, não tem como função estabelecer a existência ou não de uma ou mais violações de direitos protegidos e a consequente responsabilidade internacional do Estado.¹⁹⁵² Entretanto, a avaliação do cumprimento

1949 Também de forma preliminar é importante esclarecer que o presente artigo se concentrará em examinar a prática da Comissão Interamericana após a reforma do seu Regulamento em 2013, pois antes dessa, as fundamentações das decisões de outorga de uma medida cautelar não eram públicas, o que evidentemente dificulta uma análise mais profunda nesse artigo. Conforme o Regulamento atualmente vigente, as fundamentações das decisões de indeferimento de solicitações não são públicas.

1950 Destaque adicionado.

1951 Comissão Interamericana, *Júlio Renato Lancellotti e Daniel Guerra Feitosa em relação ao Brasil* (MC 1450-18), Resolução No. 11/2019, 8 de março de 2019, nota de pé 7.

1952 Ver artigo 25.8 do Regulamento da Comissão Interamericana. “A concessão dessas medidas e sua adoção pelo Estado não constituirão prejulgamento de qualquer violação dos direitos protegidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou em outros instrumentos aplicáveis.”

dos requisitos regulamentários considera se se denunciou a situação de risco alegada às autoridades ou as razões pelas quais isso não poderia ser feito. O anterior respeita o princípio da complementariedade, tomando em conta em cada solicitação específica, se as autoridades domésticas tiveram a oportunidade de atender a situação exposta.

De fato, o Regulamento da Comissão Interamericana é a base jurídica que descreve o mecanismo de medidas cautelares, porém não é a única fundamentação dessa faculdade da CIDH. Conforme explicitado em todas as resoluções de outorga de medidas cautelares, esse mecanismo faz “parte do papel da Comissão no monitoramento do cumprimento das obrigações de direitos humanos estabelecido no artigo 106 da Carta da Organização dos Estados Americanos”, assim como das funções de supervisão estabelecidas no artigo 41 (b) da Convenção Americana e no artigo 18 (b) do Estatuto da Comissão.

Ademais de conhecer a fundamentação jurídica que permite a Comissão Interamericana outorgar medidas cautelares, é crucial compreender o *status* das suas decisões no direito internacional. Para além do debate sobre o caráter vinculante ou recomendatório de determinadas decisões da Comissão¹⁹⁵³, é necessário entender o vínculo entre os deveres estatais de prevenção e proteção, conforme estabelecido pelo artigo 1.1 da Convenção Americana, e a natureza de uma medida cautelar, conforme abordado na subseção seguinte.

3.1 O ARTIGO 1.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA E O STATUS JURÍDICO DAS DECISÕES SOBRE MEDIDAS CAUTELARES DA COMISSÃO INTERAMERICANA

As decisões de outorga de medidas cautelares solicita ao Estado envolvido que proteja o/s direito/s em risco das pessoas beneficiárias com vistas a evitar a materialização de danos irreparáveis, logo, tem relação direta aos deveres estatais de prevenção e proteção de direitos, os quais estão positivados no artigo 1.1 da Convenção Americana.

O artigo 1.1 da Convenção Americana determina, *inter alia*, que os Estados devem garantir o exercício de direitos às pessoas sob sua jurisdição, o que implica que

1953 Em 2004, no assunto das *Penitenciárias de Mendoza a respeito da Argentina*, referindo-se particularmente a resoluções de outorga de medidas cautelares, a Corte Interamericana afirmou que os Estados devem implementar e cumprir as resoluções emitidas pelos órgãos de supervisão da Convenção Americana, sejam eles a Comissão ou Corte Interamericana. Na íntegra: “[...] o fim último da Convenção Americana é a proteção eficaz dos direitos humanos e, em cumprimento das obrigações contraídas em virtude da mesma, os Estados devem dotar as suas disposições de um efeito útil (*effet utile*), o que implica na implementação e cumprimento das resoluções emitidas pelos seus órgãos de supervisão, seja a Comissão e a Corte. Em consequência, a apresentação diante da Corte de uma solicitação de medidas provisórias por parte da Comissão não é motivo para que o Estado não adote as providências necessárias com o fim de atender a solicitação de medidas cautelares de proteção, em caso de ter sido solicitadas pela Comissão, enquanto a Corte ou seu Presidente decidem a respeito da solicitação de medidas provisórias. No caso sub examine, [...] o presidente outorgou uma prorrogação ao Estado para a apresentação de suas observações a ditas solicitação e deferiu a decisão sobre a pertinência de adotar medidas provisórias, sem que isso significara um obstáculo para implementar nesse entremeio, de boa fé, as medidas cautelares solicitadas pela Comissão. Constitui, portanto, um elemento de gravidade da situação que tenha resultado pessoas mortas ou feridas enquanto a Corte decidia sobre a presente solicitação de medidas provisórias.”. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Penitenciárias de Mendoza a respeito da Argentina*, Medidas Provisórias, 22 de novembro de 2004, considerando 16.

os Estados devem prevenir, na medida do possível, violações desses direitos. O artigo na íntegra lê-se:

[o]s Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

O conteúdo desse artigo vem sendo elucidado pela Corte Interamericana desde o caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, o qual explicitou que os deveres de garantia citados incluem o dever jurídico de prevenir, razoavelmente, as violações de direitos humanos, de investigar seriamente violações cometidas no âmbito da sua jurisdição, sancionar responsáveis e assegurar à vítima adequada reparação.¹⁹⁵⁴ Especificamente com relação ao aspecto de prevenção, a Corte aclarou que esse engloba:

[...] todas aquelas medidas de carácter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a salvaguarda dos direitos humanos e que assegurem que as eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas e tratadas como um ato ilícito que, como tal, é susceptível de acarrear sanções para quem as cometa, assim como a obrigação de indenizar às vítimas por suas consequências prejudiciais.

O conteúdo desse dever continuou a ser afirmado em vários casos subsequentes.¹⁹⁵⁵ Nota-se que o dever de prevenção é bastante amplo e a própria Corte reconhece que seria desproporcional que todo ato que viola direitos seja imputável aos Estados, especificamente àqueles que sejam obra de particulares¹⁹⁵⁶. Nesse sentido, o que leva a responsabilidade internacional do Estado é a “falta da devida diligência pra prevenir a violação ou para a tratar nos termos requeridos pela Convenção.”¹⁹⁵⁷ Em outras palavras:

O decisivo é dilucidar se uma determinada violação aos direitos humanos reconhecidos pela Convenção teve lugar com o apoio ou tolerância do poder público ou se esse atuou de maneira que a transgressão se cumpriu à revelia de toda prevenção ou impunemente. Por fim, o que se trata é determinar se a violação aos direitos humanos resulta da inobservância por parte de um Estado de seus deveres de respeitar e garantir tais direitos, que lhe impõe o artigo 1.1 da Convenção.¹⁹⁵⁸

1954 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*. Mérito, 29 de julho de 1988. Serie C No. 4 § 174.

1955 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Luna López c. Honduras*, Mérito, Reparaciones e Custas, 10 de outubro de 2013, Series C No. 269, para. 118; *Defensor de Derechos Humanos e outros c. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, 28 de agosto de 2014, Series C No. 283, para. 139; *Velásquez Paiz e outros c. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas, 19 de novembro de 2015, Serie C No. 307, para. 107.

1956 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*. Mérito, 29 de julho de 1988. Serie C No. 4 § 172.

1957 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*. Mérito, 29 de julho de 1988. Serie C No. 4 § 172.

1958 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*. Mérito, 29 de julho de 1988. Serie C No. 4 § 173.

Em *Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia* a Corte aprofundou no conteúdo do aspecto preventivo do artigo 1.1, indicando critérios para avaliar quando uma ação entre particulares pode acarretar responsabilidade internacional do Estado¹⁹⁵⁹. Tais critérios passaram a ser conhecidos como o “teste de proteção”:

[...] seus deveres de adotar medidas de prevenção e proteção dos particulares em suas relações entre si se encontram condicionados ao conhecimento de um risco real e imediato para um indivíduo ou grupo de indivíduos determinado e às possibilidades razoáveis de prevenir ou evitar esse risco.

De fato, com base nesses critérios a Corte Interamericana constatou violações do artigo 1.1 devido ao incumprimento pelo Estado de seus deveres de proteção em casos como por exemplo *Campo Algodoeiro (González e outras c. México)*¹⁹⁶⁰, *Luna López c. Honduras*¹⁹⁶¹ e *Defensor de Direitos Humanos e outros c. Guatemala*¹⁹⁶².

Agora sim, considerando o exposto até aqui sobre ambos, o conteúdo do artigo 1.1 e a natureza das medidas cautelares, principalmente que essas discorrem sobre riscos de danos irreparáveis a direitos, é congruente que as medidas cautelares impliquem diretamente os Estados em seus deveres de prevenção e proteção, conforme o conteúdo do artigo 1.1 da Convenção.

A fundamentação da outorga de uma medida cautelar, ao avaliar os requisitos regulamentários, estabelece uma estreita conexão com o referido “teste de proteção”, pois ao concluir que uma situação é simultaneamente de “gravidade e urgência que apresent[a] risco de dano irreparável” está colocando em conhecimento do Estado “um risco real e imediato para um indivíduo ou grupo de indivíduos determinado” e indicando a este que adote as “possibilidades razoáveis de prevenir ou evitar esse risco”. Assim, por consequência lógica, a não implementação de medidas de proteção adequadas e eficientes a raiz da outorga de uma medida cautelar pode implicar na responsabilidade internacional do Estado por violações do dever de prevenir e proteger estabelecido no artigo 1.1. Ou seja, a implementação de medidas cautelares outorgadas pela Comissão Interamericana é obrigatória em virtude da obrigatoriedade do cumprimento do artigo 1.1.

De fato, a Comissão Interamericana tomou o anterior em consideração no caso *José Rusbel Lara e outros c. Colômbia*¹⁹⁶³. O senhor Rusbel Lara era beneficiário de medidas cautelares outorgadas pela Comissão quando teve seu direito à vida violado. A CIDH considerou que a vigência das referidas cautelares era suficiente para que o Es-

1959 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Massacre de Pueblo Bello c. Colômbia*, 31 de janeiro de 2006, Serie C No. 140.

1960 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *González e outras (“Campo Algodoeiro”) c. México*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 16 de novembro de 2009, Series C No. 2015.

1961 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Luna López c. Honduras*, Mérito, Reparações e Custas, 10 de outubro de 2013, Series C No. 269.

1962 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Defensor de Direitos Humanos e outros c. Guatemala*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, 28 de agosto de 2014, Series C No. 283.

1963 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *José Rusbel Lara e outros c. Colômbia*, Relatório No. 35/17, 21 de março de 2017.

tado tivesse conhecimento da situação de risco do beneficiário. Ao não adotar medidas de proteção adequadas e efetivas nesse caso, a Comissão concluiu que o Estado violou o artigo 1.1.¹⁹⁶⁴ Conforme a fundamentação da Comissão:

Em relação à função das medidas cautelares dentro dos deveres de prevenção a cargo do Estado, a Comissão considerou que a outorga de medidas cautelares permite ao Estado ter conhecimento de uma situação de risco e, por tanto, existe um dever especial de proteção a fim de evitar a ação previsível de atores que contribuem ao mesmo, de tal maneira que a implementação efetiva das medidas constitui um meio de prevenção razoável a fim de evitar que o risco chegue a se materializar.¹⁹⁶⁵

A Comissão Interamericana, em seu *Segundo Informe sobre a situação das defensoras e defensores de direitos humanos nas Américas*, também afirmou a obrigatoriedade da implementação das medidas cautelares com base nos deveres de garantia dos Estados e adicionou “[d]ito caráter também se deriva da competência conferida à CIDH para velar pelo cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estado nos artigos 33 e 41 da Convenção Americana” (CIDH, 2011 b, para. 438).

Considerando o exposto, fica claro a afirmada obrigatoriedade de implementação de medidas cautelares outorgadas pela Comissão Interamericana para os Estados parte da Convenção. Como o objetivo desse artigo é focar-se no artigo 1.1 da Convenção Interamericana, não se entrará em detalhes sobre o *status* jurídico das medidas cautelares outorgadas com relação aos Estados não-parte da Convenção Americana¹⁹⁶⁶. Porém, é possível argumentar que os deveres estatais de prevenção e proteção tem caráter consuetudinário¹⁹⁶⁷. Até porque, a existência de direitos em si não faria sentido se os Estados, os quais soberanamente se comprometem aos mesmos, não estivessem obrigados a prevenir e proteger os indivíduos de possíveis violações.

4. A PRÁTICA DA COMISSÃO INTERAMERICANA EM MEDIDAS CAUTELARES

A Comissão Interamericana estabeleceu reiteradamente que as medidas cautelares tem uma natureza dupla, ou seja, uma cautelar e outra tutelar, as quais frequente-

1964 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *José Rusbel Lara e outros c. Colômbia*, Relatório No. 35/17, 21 de março de 2017, § 187.

1965 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *José Rusbel Lara e outros c. Colômbia*, Relatório No. 35/17, 21 de março de 2017, § 157.

1966 É importante recordar que a Comissão Interamericana é prevista na Carta fundadora da OEA, devido a que tem jurisdição sobre todos os Estados membros da Organização.

1967 Como forma de exemplo é possível referir-se à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, a qual também identifica a existência de deveres de proteção estatais para com direitos protegidos, inclusive utilizando o chamado “teste Osman”. Ver: Corte Europeia de Direitos Humanos, *Osman c. Reino Unido* [GC], n. 23452/94, § 115 e 116, 28 de outubro de 1998. “[...] as autoridades sabiam ou deveriam saber naquele momento sobre a existência de um risco real e imediato à vida de um indivíduo ou indivíduos identificados devido aos atos criminais de uma terceira parte e que essas falharam em adotar medidas no âmbito dos seus poderes que, julgadas razoavelmente, poder-se-ia esperar que evitassem o risco.” Este teste foi criticado pelo Juiz Pinto de Albuquerque por ser insuficiente em certas áreas, como por exemplo na prevenção da violência doméstica (ver a opinião do junta ao acórdão da Corte Europeia proferida no caso *Volodina c. Rússia*, No. 41261/17, 9 de julho de 2019).

mente operam simultaneamente. Em todas as suas resoluções de outorga de medidas cautelares, a Comissão relembra essas as duas dimensões, definindo o objetivo da dimensão cautelar como:

preservar uma situação jurídica enquanto estiver sendo considerada pela CIDH. [...] preservar os direitos em risco até que a petição que esteja sob análise no Sistema Interamericano seja resolvida. [...] garantir a integridade e a eficácia da decisão de mérito e, assim, evitar que os direitos reivindicados sejam violados, situação que poderia tornar inócua ou ineficaz (*effet utile*) a decisão final. Nesse sentido, as medidas cautelares ou provisórias permitem que o Estado em questão cumpra a decisão final e, se necessário, cumpra as reparações ordenadas.

Por sua parte, a dimensão tutelar busca “evitar danos irreparáveis e preservar o exercício dos direitos humanos.” Em contraste com outros sistemas de direitos humanos que tem a potestade de outorgar medidas cautelares, o sistema interamericano não exige que uma medida cautelar tramite em conjunto com uma petição ou caso¹⁹⁶⁸, apesar de que é possível tramitar ambas paralelamente, sem que o rechaço ou concessão de uma necessariamente afete a outra. Isso significa que, no sistema interamericano, medidas cautelares podem ser outorgadas estritamente no seu aspecto tutelar¹⁹⁶⁹.

Com relação ao aspecto cautelar, é importante ressaltar que essa dimensão exige que a petição ou caso relacionado à medida cautelar se fundamente sobre uma “prática bem estabelecida” no Sistema Interamericano¹⁹⁷⁰. Nesse sentido, a petição ou caso deve demonstrar *prima facie* que tem possibilidades razoável de prosperar na fase de mérito. A razão dessa exigência é bastante direta: evitar a outorga de medidas cautelares em situações em que a “situação jurídica a ser preservada” é evidentemente improcedente. Essa questão ficará mais clara na seguinte subseção, a qual abordará as situações mais comuns em que a Comissão Interamericana outorga medidas cautelares e as suas respectivas fundamentações jurídicas.

4.1 VIDA E INTEGRIDADE PESSOAL

Os direitos mais comuns de serem protegidos por meio de medidas cautelares são os direitos à vida e à integridade pessoal. Esse par é o que cumpre de forma mais direta o requisito de “irreparabilidade”, devido a própria natureza da materialização de uma violação dos mesmos. É mais complexo, então, avaliar o cumprimento dos outros dois requisitos, a gravidade e a urgência.

1968 Entende-se que no Sistema Europeu de Direitos Humanos a solicitação de uma medida interina deve conectar-se a uma petição. Ver: CEDH, Ficha sobre Medidas Interinas, março de 2020.

1969 A Corte Interamericana, de forma semelhante, outorga medidas provisórias independentes da (in)existência de um caso conectado, ou seja, a Corte também faz outorgas estritamente tutelares. Ver por exemplo: Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Complexo Penitenciário de Curado a respeito do Brasil*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de maio de 2014; *Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho a respeito do Brasil*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 13 de fevereiro de 2017.

1970 No Direito Internacional tal requisito também é conhecido como *fumus boni iuris*.

Como a gravidade é definida pelo “sério impacto que uma ação ou omissão pode ter sobre um direito protegido” a Comissão toma em consideração os indícios de risco apresentados pela parte solicitante, assim como avalia se o Estado os desvirtuou ou se esse já está implementando medidas de proteção adequadas e eficazes para responder ao risco alegado¹⁹⁷¹.

Nesse sentido, a Comissão toma nota da existência de, por exemplo, ameaças (e se essas são diretas ou declarações genéricas), perseguição, abuso, intimidação e/ou atos de violência. Por exemplo, no assunto *Daniel Silva Orrego a respeito da Colômbia*, a Comissão observou que o possível beneficiário informou ter recebido ameaças, ao ponto de receber uma mensagem na forma de um ultimato¹⁹⁷².

Entre tais ameaças, ter-se-ia feito menção explícita a possibilidade de uma desapareição em até duas oportunidades e seu desmembramento [...]. Da informação enviada pelo solicitante, a Comissão observa que se depreende também que os supostos agressores teriam conhecimento do domicílio e lugar de trabalho, somando-se ao anterior uma série de alegadas perseguições e intimidação que teriam ocorrido durante os últimos meses.¹⁹⁷³

De forma semelhante, no assunto *Julio Renato Lancellotti e Daniel Guerra Feitosa em relação ao Brasil*, a Comissão observou:

A seriedade que teriam algumas das expressões informadas pelos solicitantes contra o senhor Julio Lancellotti estaria manifesta em algumas delas, as quais desejariam a “morte” do beneficiário proposto [...]; além disso, algumas delas supostamente partiriam de autoridades da força pública, entre eles, policiais e guardas civis. Tal situação de risco teria aumentado nos momentos em que o beneficiário proposto entrevistou ou participou na defesa dos direitos da população de rua, quando foi porta-voz dos mesmos. Assim, a Comissão nota que, segundo os solicitantes, o beneficiário proposto, Julio Lancellotti, teria sido agredido fisicamente por um agente da guarda civil quando mediava uma situação entre os agentes e a população de rua. Ainda, o beneficiário proposto teria sido intimidado por agentes públicos no contexto de um operativo para encontrar uma arma e munição que teriam sido extraviados por um guarda em um lugar onde se encontrariam moradores de rua, o que é também reflexo da vulnerabilidade em que estariam tais pessoas e o potencial risco de ser objeto de atos de violência.¹⁹⁷⁴

Também em *Freddy Alberto Navas Lopez a respeito da Nicarágua*:

Segundo a solicitação, logo depois da liberação do possível beneficiário, em 11 de junho de 2019, ele teria voltado a ser perseguido, indicando que carros da polícia ou “paramilitares” passariam pela sua casa tirando fotos ou filmando. [...] A Comissão toma em consideração com particular seriedade a alegação de que tais perseguições seriam conduzidas por agentes do Estado, [...].

1971 Adequabilidade e efetividade significam que, pela sua natureza, medidas de proteção implementadas devem fazer frente ao risco e produzir resultados de maneira que o cesse. Ver: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Comunidade mapuche Lof Buenuelo a respeito da Argentina* (MC 954-19), Resolução No. 23/2020, 14 de maio de 2020.

1972 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Daniel Silva Orrego a respeito da Colômbia* (MC 739-17), Resolução No. 31/2018, 5 de maio de 2018.

1973 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Daniel Silva Orrego a respeito da Colômbia* (MC 739-17), Resolução No. 31/2018, 5 de maio de 2018, § 15.

1974 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Julio Renato Lancellotti e Daniel Guerra Feitosa em relação ao Brasil* (MC 1450-18), Resolução No. 11/2019, 8 de março de 2019, § 32.

No cenário anterior, a Comissão observa que o possível beneficiário indicou ter sido, ademais, retido pela polícia e questionado de forma intimidante por pelo menos duas vezes depois da sua liberação três meses atrás, em 8 e 12 de agosto. A Comissão observa que, particularmente em 12 de agosto, o possível beneficiário teria sido retido por “policiais e antimotins”, em um quarto separado, por mais de uma hora. O possível beneficiário alegou que teria sido questionado sobre suas ideologias políticas e supostos financiamentos da marcha campesina; junto com outra pessoa do movimento campestre, teriam lhes tomado fotos, revisado suas malas, tomando-lhes artigos pessoais e revisando seu telefone celular e agenda pessoal. Além disso, a Comissão toma nota com preocupação da alegação de que os agentes estatais que teriam questionado o possível beneficiário estariam “fortemente armados” e que o teriam ameaçado, com relação a familiares do possível beneficiário que viveriam supostamente no exterior, alegadamente afirmando que “os braços do comandante vão mais além da fronteira”.¹⁹⁷⁵

Como é possível perceber, a Comissão avalia elementos que incidem na qualificação da gravidade. Por exemplo, se as ameaças são diretas e/ou se incluem o núcleo familiar da pessoa possível beneficiária¹⁹⁷⁶; se essas ou atos de violência partem de agentes estatais¹⁹⁷⁷; se altas autoridades participam da criação de um clima de animosidade contra a pessoa possível beneficiária¹⁹⁷⁸; assim como elementos que podem gerar uma vulnerabilidade específica para ela (idade, gênero, pertencimento a grupo social, entre outros)¹⁹⁷⁹.

Além disso, a Comissão observa o contexto em que as alegações de risco estão inseridas. Para tanto, as constatações feitas em campo e pelas funções de monitoramento da CIDH formam fonte valiosa de informação, corroborando para qualificar a gravidade da situação alegada. Os assuntos referentes à Nicarágua e à Venezuela expõem de forma mais detalhada essa questão¹⁹⁸⁰, mas também se pode observar a incidência do contexto em assuntos como *Membros da Comunidade Guyraroká do Povo Indígena Guaraní Kaiowá a respeito do Brasil*:

Como elemento contextual a se considerar, a Comissão recorda sua visita *in loco* ao país em novembro de 2018, que incluiu uma visita à comunidade Guyraroká. Tal oportunidade, a Comissão observou que “[s]egundo a informação recebida, os direitos dos povos

1975 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Freddy Alberto Navas Lopez a respeito da Nicarágua* (MC 621-19), Resolução No. 46/2019, 14 de setembro de 2019, § 28 e 29.

1976 Ver mais: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Jean Wyllys de Matos Santos e família em relação ao Brasil* (MC 1262-18), Resolução No. 85/2018, 20 de novembro de 2018, § 22.

1977 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Julio Renato Lancellotti e Daniel Guerra Feitosa em relação ao Brasil* (MC 1450-18), Resolução No. 11/2019, 8 de março de 2019; *Freddy Alberto Navas Lopez a respeito da Nicarágua* (MC 621-19), Resolução No. 46/2019, 14 de setembro de 2019.

1978 Ver mais: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Maria Corina Machado Parisca a respeito da Venezuela* (MC 125-19), Resolução No. 22/2019, 12 de abril de 2019, § 24.

1979 Ver mais: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Lucía Pineda Ubau e seu núcleo familiar a respeito da Nicarágua* (MC 873-18), Resolução No. 5/2019 (Ampliação), 11 de fevereiro de 2019, § 25.

1980 Por exemplo, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Juan Gerardo Guaidó Márquez a respeito da Venezuela* (MC 70-19), Resolução No. 1/2019, 25 de janeiro de 2019, sessão III; *Yerling Marina Aguilera Espinoza e outras (Dezessete defensoras de direitos humanos) a respeito da Nicarágua* (MC 939-18 e MC 1067-18), Resolução No. 70/2018, 17 de setembro de 2018, sessão II.

indígenas do país apresentam graves problemas estruturais que requerem atenção urgente relacionados a atrasos e falta de delimitação e demarcação dos territórios indígenas, situação que é agravada pelo enfraquecimento progressivo institucional da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), nos últimos quatro anos. Como resultado, observa-se que um dos principais problemas associados aos povos indígenas são assédio, ameaças e ataques a defensores, líderes e comunidades indígenas que defendem seu território.”¹⁹⁸¹

Ao mesmo tempo em respeito ao princípio da complementariedade, a Comissão avalia se o Estado implementou medidas de proteção adequadas e eficientes, em conformidade com o seu dever de prevenção e proteção, para mitigar ou cessar a situação de risco alegada, ou alternativamente, se o Estado desvirtua as alegações da parte solicitante. Nesse sentido, as medidas implementadas pelo Estado devem, por sua própria natureza, fazer frente ao risco que atravessa a pessoa possível beneficiária, protegendo a sua vida e integridade, produzindo os resultados esperados. Tais medidas devem permitir que, por exemplo, pessoas defensoras de direitos humanos, líderes, comunicadores continuem seus labores (CIDH, 2011 b, para. 521-522).

Por exemplo, no assunto citado *Daniel Silva Orrego a respeito da Colômbia*, a Comissão observou que o Estado analisou a situação de risco do possível beneficiário e adotou medidas de proteção. No entanto, a parte solicitante indicou que essas não eram efetivas, fornecendo informação sobre a continuidade de eventos de risco após a implementação do esquema de proteção¹⁹⁸².

[...] a Comissão nota que o solicitante alegou que o esquema indicado não resultaria efetivo para a sua situação devido a recorrência dos eventos de risco e que poderia não ser adequado em vista da possibilidade de um ataque com armas de largo alcance, sendo que requereria proteção reforçada durante seus traslados frequentes por vários municípios da zona. A Comissão adverte em relação a esse ponto que o solicitante informou ter sido perseguido por parte de pessoas motorizadas e que seus próprios escoltas, segundo os documentos contidos no processo, assinaram um ofício dirigido ao Diretor Geral da [Unidade Nacional de Proteção] alertando sobre a necessidade de reforçar o esquema de proteção.

O mecanismo de medidas cautelares também é acionado para proteger os direitos à vida e à integridade em situações de pena de morte¹⁹⁸³ e deportações quando a sua concretização possa gerar um risco de dano irreparável, em outros termos, quando há alegação de que violaria o princípio de *non-refoulement*. Em ambas situações a Comissão outorga medidas cautelares desde a sua vertente cautelar (sem desconsiderar seu aspecto

1981 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Membros da Comunidade Guyraroká do Povo Indígena Guarani Kaiowá a respeito do Brasil* (MC 458-19), Resolução No. 47/2019, 29 de setembro de 2019, § 22. Veja também, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Habitantes desalojados e deslocados da Comunidade Laguna Larga a respeito da Guatemala* (MC 412-17), Resolução No. 36/2017, 8 de setembro de 2017, §§22-32.

1982 Ver também: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Jean Wilylys de Matos Santos e família em relação ao Brasil* (MC 1262-18), Resolução No. 85/2018, 20 de novembro de 2018.

1983 Em contraste com o Sistema Europeu de Direitos Humanos, o Sistema Interamericano não aboliu em toda o hemisfério a pena de morte. Ver: Conselho da Europa, Protocolo No. 13 à Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, sobre a abolição da pena de morte em todas as circunstâncias, 2002; Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *A pena de morte no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de restrições à abolição*, 2011.

tutelar), pois se trata de situações que requerem uma análise de mérito para determinar se a concretização de fato violaria direitos¹⁹⁸⁴. Nesse sentido, a Comissão solicita ao Estado concernente suspender a execução da pena capital ou da deportação enquanto se analisa uma petição sobre a compatibilidade das mesmas com a Convenção Americana.

Considerando que as medidas cautelares se referem a situações de urgência, a Comissão outorga medidas nos supostos citados quando sua concretização é previsível (“requerendo ação preventiva ou tutelar”)¹⁹⁸⁵. Isso serve também para respeitar o princípio da complementariedade, concedendo tempo às várias instancias internas para revisar suas decisões.

Adicionalmente, outra situação emblemática em que a Comissão outorga medidas cautelares para proteger os direitos à vida e à integridade é em casos de desaparecimento, sejam essas com alegação de envolvimento ou apoio estatal (“desaparecimento forçada”)¹⁹⁸⁶ ou não¹⁹⁸⁷.

4.2 SAÚDE

A proteção do direito à saúde, previsto no Protocolo de São Salvador (OEA, 1988)¹⁹⁸⁸, por meio do mecanismo de medidas cautelares está intrinsicamente relacionada, por sua própria natureza, à proteção dos direitos à vida e à integridade pessoal. No entanto, como possui características próprias, a prática da CIDH desenvolveu determinados critérios para avaliar o cumprimento dos requisitos regulamentários nessas situações.

Um primeiro ponto que é importante destacar é que, algumas questões de saúde requerem respostas a partir da implementação de políticas públicas e por tanto, o mecanismo de medidas cautelares não é o instrumento adequado. Recorda-se que, segundo o artigo 25.3 do Regulamento, as pessoas beneficiárias de medidas cautelares devem estar identificadas ou ser identificáveis (por exemplo, pelo seu pertencimento a um determinado grupo). Além disso, as medidas cautelares não podem fazer determinações de caráter médico, ou seja, não cabe a Comissão, pois não é essa a sua expertise, avaliar a adequabilidade e eficácia de determinado tratamento de saúde ou de algum remédio específico.

1984 Conforme explicado na Seção 4.0, a vertente cautelar exige que a petição apresentada em paralelo se relacione a uma “prática bem estabelecida” na jurisprudência do Sistema Interamericano.

1985 Ver: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Ramiro Ibarra Rubí a respeito dos Estados Unidos* (MC 82-18), Resolução No. 77/2018, 1 de outubro de 2018; *E.G.S. e A.E.G.S. a respeito dos Estados Unidos* (MC 297-16), Resolução No. 30/2016, 11 de maio de 2016.

1986 Inclusive, o artigo XIII da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas estabelece a postestade da CIDH atuar por meio do seu mecanismo de medidas cautelares em casos de alegada desaparecimento forçada.

1987 Ver: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Estudantes da escola rural “Raúl Isidro Burgos” a respeito do México* (MC 409-14), Resolução No. 28/2014, 3 de outubro de 2014; *Nabor Antonio Santiago Santiago a respeito do México* (MC 719-19), Resolução No. 39/2019, 3 de agosto de 2019.

1988 Com relação a aplicabilidade do mecanismo de medidas cautelares ao Protocolo de São Salvador, recorda-se que o artigo 25 do Regulamento da CIDH se refere a “direitos protegidos”, sem especificar ou excluir a aplicabilidade de outros tratados além da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem sob jurisdição da Comissão.

Considerando essas limitações expostas, a Comissão outorga medidas cautelares para proteger o direito à saúde quando, *inter alia*, (i) se há determinado que o padecimento específico pode causar sério dano à vida e/ou à integridade; (ii) o tratamento requerido foi prescrito por médico tratante; (iii) se há estabelecido que a pessoa possível beneficiária tem direito ao tratamento requerido e buscou acionar foros internos para obter o tratamento requerido; e (iv) não existe tratamento alternativo adequado. Nesse sentido, em termos práticos, frequentemente os possíveis beneficiários têm a seu favor uma decisão judicial doméstica que determina o fornecimento do tratamento requerido. O anterior respeita que, nos requisitos Regulamentários, gravidade se refere ao sério impacto a um “direito protegido” e no amplo espectro do direito à saúde, deve-se assegurar que, de fato, o tratamento requerido é um direito da pessoa possível beneficiária. Por exemplo, no assunto *Luz Angela Niño Chacón a respeito da Colômbia*, a Comissão considerou:

[...] que o tratamento de quimioterapia que a Junta Médica teria autorizado em 21 de dezembro de 2017, estaria ainda em processo de programação, segundo a última informação enviada pelo Estado no seu informe de 18 de janeiro de 2017. Nesse sentido, a possível beneficiária se encontraria, todavia, sem receber tratamento médico, não obstante desde abril de 2017 foi inicialmente diagnosticada, isto é, aproximadamente 10 meses. Além disso, dita falta de tratamento médico se apresentaria apesar de que a senhora Niño seria beneficiária de uma sentença de tutela de 9 de outubro de 2017, e posteriormente um desacato de 13 de dezembro de 2017.¹⁹⁸⁹

Em assuntos de saúde, assim como outros temas de vida e integridade, a Comissão toma em consideração as medidas adotadas pelo Estado para proteger e mitigar o risco alegado. Dessa maneira, não é razoável exigir que o Estado outorgue tratamentos sem comprovação científica suficiente ou em fase de teste. O Estado não é capaz de impedir afetações a saúde ou até o óbito em todas as circunstâncias.

Sem prejuízo ao anterior, é relevante recordar que, quando se trata de crianças e adolescentes, existem obrigações de proteção acentuadas, em atenção ao princípio do interesse superior das crianças e adolescentes e em consideração a seu direito a um desenvolvimento saudável.

[...] a Comissão recorda que as autoridades, em todas as medidas concernentes às crianças, devem ter como consideração primordial seu interesse superior, [...] “[...] cuja observância permitirá ao sujeito o mais amplo desenvolvimento de suas potencialidades”. Isso implica adotar aquelas “medidas especiais de proteção” que sejam necessárias, em atenção a situação específica a que se encontram as crianças, requerendo para tal fim obrigações positivas de proteção de parte dos Estados.¹⁹⁹⁰

1989 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Luz Angela Niño Chacón a respeito da Colômbia* (MC 885-17), Resolução No. 5/2018, 2 de fevereiro de 2018, § 23.

1990 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *M.A.V.G. a respeito da Colômbia* (MC 451-19), Resolução No. 48/2019, 29 de setembro de 2019, § 16.

Além de crianças, a Comissão toma em especial consideração os assuntos sobre saúde que se relacionam com pessoas privadas de liberdade, observando a especial posição de garante do Estado para com as pessoas sob sua custódia, “[...] caracterizada pela particular intensidade com que o Estado pode regular seus direitos e obrigações [...] pelas próprias circunstâncias do encerro, no qual ao recluso se impede satisfazer por conta própria uma série de necessidades básicas essenciais para o desenvolvimento de sua vida digna.”¹⁹⁹¹

Nesse sentido, em contraste com os critérios para as pessoas não privadas de liberdade, as pessoas reclusas não necessariamente devem demonstrar que se buscou acionar instâncias internas para obter o tratamento requerido, em atenção a possíveis limitações ante a própria privação de liberdade. Cabe aqui ao Estado demonstrar que a pessoa possível beneficiária recebe atenção à saúde adequada e oportunamente. Em algumas instâncias, se caracterizou, entre outras coisas, falta de atenção à saúde de maneira generalizada em uma prisão específica, como no assunto *Pessoas Privadas de Liberdade na Cadeia Pública Jorge Santana a respeito do Brasil*:

[...] conforme as constatações feitas pelos solicitantes diretamente no interior do centro, e considerando as características dos presos destinados à [Cadeia Pública Jorge Santana], ou seja, presos que receberam tiros ou se encontram em grave estado de saúde, em decorrência das circunstâncias de sua detenção [...], os presos que necessitam atendimento médico permanecem expostos a riscos importantes de infecção, por não dispor de apoio suficiente para administrar suas diferentes necessidades, percebendo-se já, em alguns casos, a materialização desses danos nas pessoas.¹⁹⁹²

Outro suposto relacionado à saúde em que a Comissão outorgou medidas cautelares se refere a afetações derivadas de contaminação ambiental. Devido a própria natureza das medidas cautelares, não cabe as partes provar nesse trâmite a existência de uma contaminação e seus efeitos deletérios à saúde, mas sim fornecer informação suficiente para estabelecer, desde uma valorização preliminar, uma relação de causa e efeito. Somado ao anterior, a CIDH avalia se a resposta estatal permite mitigar a fonte de contaminação indicada e/ou se as pessoas afetadas receberiam atenção à saúde conforme as enfermidades acarretadas.

Dessa forma, nos precedentes pertinentes a Comissão contou com informação detalhada sobre várias pessoas que teriam falecido ou adoecido de enfermidades derivadas da alegada contaminação ambiental, assim como a falta de acesso a um tratamento médico específico, adequado e oportuno¹⁹⁹³. O assunto *Habitantes das zonas ao entorno do Rio Santiago a respeito do México*:

1991 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Edilberto Ronal Arzuaga Alcalá a respeito de Cuba* (MC 81-19), Resolução No. 23/2019, 22 de abril de 2019, § 19.

1992 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Pessoas Privadas de Liberdade na Cadeia Pública Jorge Santana a respeito do Brasil* (MC 888-19), Resolução No. 6/2020, 5 de fevereiro de 2020, § 30.

1993 Ver: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Marcelino Díaz Sánchez e outros a respeito do México* (MC 1498-18), Resolução No. 24/2019, 23 de abril de 2019; *Habitantes consumidores de água do rio Mezapa a respeito das Honduras* (MC-772-17), Resolução No. 12/2018, de 24 de fevereiro de 2018.

Em primeiro lugar a Comissão observa que os solicitantes enviaram informação substancial que indica a existência de uma importante contaminação ambiental no Rio Santiago e no Lago Chapala, a qual foi reconhecida ao longo dos anos tanto por instâncias domésticas [...], como internacionais [...]. De fato, o Estado reconheceu que o leito do Rio Santiago “mantém indicadores de contaminado” e que substâncias nocivas à saúde humana, como o mercúrio e o Cadmio “tem apresentado concentrações acima dos limites em algumas estações e em diferentes avaliações” [...], apesar que esse divirja da existência ou continuidade de uma situação de grave risco de dano irreparável. A Comissão toma nota de que não apenas os altos graus de exposição a substâncias tóxicas ou perigosas em si mesmos representam uma ameaça aos direitos à vida, integridade pessoal e à saúde, mas também o pode constituir a exposição crônica e permanente de baixo nível a tais substâncias. Como ficou refletido no expediente, segundo os estudos técnicos fornecidos, os níveis de contaminação do leito do Rio Santiago, no transcorrer dos últimos 20 anos, alcançaram níveis alarmantes de toxicidade.

Em segundo lugar, a Comissão observa com preocupação os estudos enviados pelos solicitantes, especialmente aqueles concluídos recentemente tomando como mostra grupos das populações afetadas, que mostrariam a continuidade de uma situação de contaminação. Tais estudos demonstram altas porcentagens de indícios de doenças renais, supostamente derivadas da exposição a contaminantes presentes no Rio Santiago e seus entornos, ademais da detecção de pesticidas na urina de crianças [...]. Além disso, se indicou que 28 pessoas teriam falecido devido a doenças renais crônicas desde 2003, incluindo uma pessoa em meados de 2019. Somado a isso, a situação de risco das populações concernidas pode de fato se ver agravada pela existência, segundo os solicitantes, de “rudimentares centros de saúde, sem remédios e nem infraestrutura para atender aos enfermos renais, que tem que se trasladar a cidade de Guadalajara para sua atenção médica”.¹⁹⁹⁴

4.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Pela própria natureza do direito à liberdade de expressão, entender quando determinada ação ou omissão a coloca em sério risco, ou se essa constitui uma limitação permissível, normalmente requer uma avaliação de mérito, inadequada às medidas cautelares. Não obstante, o Sistema Interamericano desenvolveu *standards* com relação à liberdade de expressão, cuja materialização do dano não é “susceptível de reparação, restauração ou adequada indenização” requerendo ação cautelar.

O direito à liberdade de expressão é protegido em medidas cautelares pela via cautelar, sendo dois os supostos encontrados na prática da Comissão: (i) quando uma condena penal derivada de delitos conectados à liberdade de expressão (e.g. calúnia, delitos contra a honra, difamação) busca sancionar seu exercício em matérias de interesse público, normalmente críticas ou denúncias contra funcionários públicos ou autoridades; (ii) em situações de alegada censura prévia.

1994 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Habitantes das zonas ao entorno do Rio Santiago a respeito do México* (MC 708-19), Resolução No. 7/2020, 5 de fevereiro de 2020, §§ 33 e 34.

Conforme afirmado pela Corte Interamericana, o uso do direito penal em situações conectadas a liberdade de expressão é considerado em si mesmo desproporcional. No caso *Kimel c. Argentina*:

A respeito do grau de afetação da liberdade de expressão, a Corte considera que as consequências do processo penal em si mesmo, a imposição de sanção, a inscrição no registro de antecedentes penais, o risco latente de possibilidade de perda da liberdade pessoal e o efeito estigmatizador da condena penal imposta ao senhor Kimel demonstram que as responsabilidades ulteriores estabelecidas nesse caso foram graves. [...] Tendo em conta o anterior, a Corte conclui que a afetação da liberdade de expressão do senhor Kimel foi manifestamente desproporcionada, por excessiva, em relação à alegada afetação do direito à honra no presente caso.¹⁹⁹⁵

Nesse sentido, o uso do direito penal para sancionar expressões poderia cumprir em si com o “sério impacto” requerido pelo critério de gravidade para outorgar uma medida cautelar. Todavia, o mesmo não necessariamente cumpre com o requisito de irreparabilidade, pois a sentença pode ser anulada, a liberdade pessoal restituída, custos financeiros indenizados, entre outros. O aspecto irreparável, na prática atual da Comissão Interamericana, deriva da dimensão social da liberdade de expressão.

O direito à liberdade de expressão tem uma dimensão individual, relacionada ao direito de cada um de expressar-se e difundir informação, e uma dimensão social, o direito geral da sociedade de procurar e receber informação¹⁹⁹⁶. Quando uma querela penal impacta sobre a liberdade de expressão em situações de interesse público, por exemplo, relacionadas a críticas ou a denúncias contra funcionários públicos ou autoridades, essa pode ter um “efeito silenciador” na sociedade, afetando o debate público. Nesse sentido, “todas as pessoas [...] estar[iam] submetidas a uma constante autocensura antes de denunciar algo que possa ofender os mais altos funcionários públicos.”¹⁹⁹⁷. Tal efeito, por sua própria natureza, não é suscetível de reparação. Conforme explicitado no assunto *Julio Ernesto Alvarado a respeito das Honduras*:

[...] De fato, essa condenação produz um notável efeito silenciador a respeito de todas as pessoas que estarão submetidas a uma constante autocensura antes de informar sobre fatos que podem ser considerados ofensivos por parte de funcionários públicos e, por conseguinte, que pode resultar na proibição de se expressar sobre assuntos de interesse público ou a inabilitação para exercer o jornalismo, entre outros efeitos.¹⁹⁹⁸

Adicionalmente, em respeito ao requisito de urgência, a materialização da pena deve ser “iminente”, o que na prática significa que a condena penal deve ser final.

1995 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Eduardo Kimel c. Argentina*, Mérito, Reparaciones e Custas, 2 de maio de 2008, Serie C No. 177, §§ 85 e 94.

1996 Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Julio Ernesto Alvarado a respeito das Honduras* (MC 196-14), Resolución No. 33/2014, 5 de novembro de 2014, § 16.

1997 Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Fernando Alcibiades Villavicencio Valencia a respeito do Equador* (MC 30/14), Resolución No. 6/2014, 3 de dezembro de 2018, §32.

1998 Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Julio Ernesto Alvarado a respeito das Honduras* (MC 196-14), Resolución No. 33/2014, 5 de novembro de 2014, § 33.

Ademais da consideração relacionada ao efeito silenciador, essencial para fundamentar o requisito de irreparabilidade, derivados de uma condena penal, a Comissão também o observa em situações que resultam de censura prévia, como proibições ao exercício do jornalismo. “Segundo a Corte, a proibição de censura prévia é imperativa ‘incluso se se trata supostamente de prevenir por esse meio um abuso eventual da liberdade de expressão’”¹⁹⁹⁹

4.4 DIREITOS POLÍTICOS

A proteção dos direitos políticos pelo mecanismo de medidas cautelares está relacionado com o artigo 23.2 da Convenção Americana, o qual diz:

A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

A Corte Interamericana, no caso *López Mendonza c. Venezuela*, detalhou o conteúdo do artigo referido, indicando que:

O artigo 23.2 da Convenção determina quais as causas que permitem restringir os direitos reconhecidos no artigo 23.1, assim como, no seu caso, os requisitos que devem ser cumpridos para que se proceda tal restrição. No presente caso, que se refere a uma restrição imposta por via de sanção, deveria se tratar de uma “condenação, por juiz competente, em processo penal”. Nenhum desses requisitos se cumpriu, pois o órgão que impôs ditas sanções não era um “juiz competente”, não houve “condenação”, e as sanções não se aplicaram como resultado de um “processo penal”, no qual se deveria ter respeitado as garantias judiciais consagradas no artigo 8 da Convenção Americana.²⁰⁰⁰

A luz dos *standards* desenvolvidos, as medidas cautelares relacionadas à proteção de direitos políticos versam sobre situações de alegada restrição aos mesmos por processos não penais, e dessa forma, são outorgadas não apenas pela via tutelar, mas pela via cautelar, permitindo que uma petição ou caso relacionado sejam examinados sem perder seu objeto. No assunto *Gustavo Francisco Petro Urrego a respeito da Colômbia* a CIDH analisou o requisito de gravidade considerando que:

[...] a possível aplicação de uma sanção de natureza disciplinária, adotada por uma autoridade administrativa, poderia afetar o exercício dos direitos políticos do senhor Gustavo Francisco Petro Urrego, quem teria sido eleito por voto popular. Além disso, em vista de que o senhor Gustavo Francisco Petro Urrego se encontra atualmente em suas funções, a decisão de destituição poderia representar a separação de seu cargo como prefeito da cidade de Bogotá D.C.

1999 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Julio Ernesto Alvarado a respeito das Honduras* (MC 196-14), Resolução No. 33/2014, 5 de novembro de 2014, § 25.

2000 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *López Mendonza c. Venezuela*, Mérito, Reparações e Custas, 1 de setembro de 2011, Serie C No. 233, § 107.

Nessas circunstâncias a Comissão recebeu uma petição individual [...] [em que] se alega a possível falta de compatibilidade da decisão da Procuradoria Geral da Nação com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a potencial falta de efetividade dos recursos disponíveis na via interna para resolver a situação atual, no curto e longo prazo.²⁰⁰¹

É importante observar que, conforme o exemplo acima, o dano alegado, no caso a destituição do cargo e suas consequências, ainda não havia sido materializado, possibilitando a ação preventiva.

Por sua vez, o requisito de irreparabilidade, no contexto da proteção dos direitos políticos se refere tanto a uma esfera individual, conectada diretamente aos direitos da pessoa diante de um processo de remoção ou inabilitação, quanto a uma esfera coletiva, a respeito das pessoas que votaram nela. O requisito da irreparabilidade, segundo a Comissão, tem particular importância em situações relacionadas a funcionários públicos eleitos por votação popular “em virtude da sua importância para os sistemas democráticos e ante a necessidade de que em qualquer processo que leve a remoção, inabilitação ou destituição de ditos funcionários se respeite os parâmetros consagrados na Convenção Americana”²⁰⁰². Da remoção de um funcionário público eleito os sistemas nacionais preveem sua substituição, o que por si torna uma eventual decisão da CIDH abstrata.

Quanto ao requisito de urgência, assim como nos supostos relacionados a proteção do direito a liberdade de expressão por meio do mecanismo de medidas cautelares, a destituição, remoção ou inabilitação deve “materializar-se a qualquer momento”, ou seja, trata-se de uma decisão final ou sem recursos efetivos para recorrer da mesma. Vale destacar que poucas medidas cautelares foram outorgadas para a proteção de direitos políticos, uma vez que se trata de supostos muito específicos.

4.5 IDENTIDADE E VIDA FAMILIAR

A Comissão Interamericana também protege pelo mecanismo de medidas cautelares os direitos à identidade e à vida familiar. Assim com em direitos políticos, tal proteção se dá em circunstâncias específicas, “[...] com relação à alguns processos, como aqueles relacionados à adoção, guarda ou custódia, nos quais as crianças podem sofrer separações da suas famílias biológicas, os direitos à integridade pessoal, à identidade e à vida familiar podem se encontrar em risco, requerendo uma proteção cautelar”²⁰⁰³.

Dessa forma, o Sistema Interamericano ao reconhecer a conexão entre os direitos à identidade e à integridade pessoal considera que “a demora ou falta de resposta em

2001 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Gustavo Francisco Petro Urrego a respeito da Colômbia* (MC 374-13), Resolução No. 5/2014, 18 de março de 2014, §§ 15 e 16.

2002 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Gustavo Francisco Petro Urrego a respeito da Colômbia* (MC 374-13), Resolução No. 5/2014, 18 de março de 2014, §18.

2003 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *G.Y.G.R. a respeito do México* (MC 364-17), Resolução No. 38/2019, 29 de julho de 2019, § 25.

casos de guarda e custódia podem implicar danos irreparáveis aos direitos à família, identidade e integridade psicológica das crianças”²⁰⁰⁴. O anterior diz respeito particularmente a importância das relações familiares para a formação da identidade das crianças e o especial impacto do transcorrer do tempo em assuntos que afetam os direitos das crianças, aspecto esse que fundamenta o requisito de irreparabilidade.

No assunto *G.Y.G.R. a respeito do México*, a CIDH observou:

[...] que transcorreram mais de 8 anos sem que se determinara a filiação da criança G.Y. G.R. e sem que o senhor González González alegadamente tenha visitas com ela. [...] Apesar das questões vinculadas a aspectos como guarda e custódia e, em definitiva os direitos do solicitante a respeito da criança G.Y.G.R., serem aspectos vinculados ao mérito do processo que segue a nível interno, a respeito do qual não corresponde se pronunciar nessa oportunidade, a Comissão observa que a suposta demora na decisão de tais aspectos teriam mantido a possível beneficiária em uma situação prolongada de indefinição e incerteza com relação a sua filiação, e repercutido na falta de contato e relacionamento entre eles por vários anos. Nesse cenário a Comissão observa que o transcorrer do tempo é um fator determinante em assuntos que afetam os direitos das crianças que diante da falta de um relacionamento durante parte importante da infância da criança G.Y.R.G. é suscetível de impactar severamente seus direitos, conforme o explicado anteriormente.

É importante destacar que em assuntos dessa natureza a Comissão toma em conta várias premissas relevantes, tais como o dever das autoridades de acelerar esses casos *a proprio moto*, uma vez que questões de guarda e o estabelecimento de um regime de visitas “[...] estão marcados em processos que não apresentam especiais complexidades e que não são inusuais para os Estados”.²⁰⁰⁵ Além disso, considera-se o dever estatal de rever periodicamente as medidas implementadas que supõem uma restrição ao direito à vida familiar de crianças²⁰⁰⁶, pois tais devem respeitar os princípios de necessidade, excepcionalidade e temporalidade²⁰⁰⁷, tendo como objetivo preservar e restituir direitos, incluindo o direito à vida familiar²⁰⁰⁸.

Sem prejuízo ao anterior, a Comissão também nota que a separação familiar pode corresponder ao interesse superior da criança, como em casos de violência intrafamiliar,

2004 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *G.Y.G.R. a respeito do México* (MC 364-17), Resolução No. 38/2019, 29 de julho de 2019, § 25.

2005 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Fornerón e filha c. Argentina*. Mérito, Reparações e Custos, 27 de abril de 2012, Serie C No. 242, §§ 67 e 69.

2006 “A revisão periódica da medida temporal de proteção tem como finalidade determinar se a medida cumpre com seu objetivo, e por tanto, se responde ao interesse superior da criança. Adicionalmente, a supervisão periódica deve contribuir a que a aplicação da medida permita a pronta reintegração da criança a sua família, sempre que for de acordo com seu interesse superior.”; e também, “[a] revisão se deve fundamentar nas avaliações técnicas apresentadas pelas equipes multidisciplinares, e a motivação deve ser objetiva, adequada e suficiente e se basear no interesse superior da criança. Ademais se deve escutar a opinião da criança e de seus genitores, família e outras pessoas relevantes na vida da criança, ao decidir as condições de aplicação, manutenção ou cese da medida de proteção. (CIDH, 2013, para. 145 e 244 respectivamente). Ver também paras. 173, 196, 243-246.

2007 CIDH, 2013, para. 143; Corte Interamericana de Direitos Humanos, *L.M a respeito do Paraguai*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 1 de julho de 2011, para. 14; Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Fornerón e filha c. Argentina*. Mérito, Reparações e Custos, 27 de abril de 2012, Serie C No. 242, § 121

2008 Ver também: Corte Interamericana de Direitos Humanos, *L.M a respeito do Paraguai*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 1 de julho de 2011, para. 17. CIDH, 2013, para. 172.

trato negligente ou exploração, situações que demandam interferência estatal²⁰⁰⁹.

Outra premissa importante, que impacta na análise do requisito de gravidade e está conectado ao peso do passar do tempo no que tange a crianças, refere-se à avaliação do interesse superior da criança, o qual requer a consideração das suas circunstâncias atuais. Por exemplo, no assunto da *Criança A.R. a respeito da Argentina*, o qual se refere a execução de uma ordem de restituição internacional, a Comissão observou, ao avaliar o requisito de gravidade, que a decisão de restituição havia sido tomada seis anos antes da data em que poderia ser concretizada e “[...] durante o tempo transcorrido entre a data de emissão da sentença e o presente, a criança A.R. razoavelmente teve desenvolvimento da sua identidade e integração a seu entorno, distinto daquele que foi oportunamente avaliado judicialmente para dar lugar a sua restituição.”²⁰¹⁰

5. LIMITES DO MECANISMO DE MEDIDAS CAUTELARES

O mecanismo de medidas cautelares previsto no artigo 25 do Regulamento da Comissão Interamericana é uma das ferramentas que esse órgão possui para cumprir seu mandato de “promoção do respeito e da defesa dos direitos humanos nas Américas”. No transcorrer do presente artigo se destacou que o mecanismo de medidas cautelares limita-se a questões que independem de uma análise de mérito, cuja avaliação *prima facie* possa determinar a existência de uma situação de “gravidade e urgência que apresentem risco de dano irreparável”. Dessa forma, em termos práticos, a Comissão desenvolveu alguns *standards*, para os quais historicamente se considera o uso de medidas cautelares inadequado.

Em 2018, por meio da sua Resolução 3/2018 “Fortalecimento do processo de trâmite de pedidos de medidas cautelares” a CIDH transpareceu esses critérios, decidindo considerar solicitações que versam estritamente sobre eles como *manifestamente improcedente* (CIDH, 2018).

Considera, neste sentido, que, em geral, o mecanismo de medidas cautelares não foi considerado adequado para lidar com pedidos que tratam estritamente de assuntos ou pretensões, tais como: i) suposta falta de devido processo legal e proteção judicial no contexto de processos criminais ou civis (Artigos 8 e 25 da CADH e artigo XVIII da Declaração Americana); ii) determinar a compatibilidade em abstrato de uma norma à Convenção Americana ou outros instrumentos aplicáveis; iii) pagamento de compensações pecuniárias, que incluem processo civil, mercantis e pensões; iv) demissões alegadamente injustificadas de empresas privadas ou públicas de empregados não públicos eleitos popularmente, pagamento de salários, determinações sobre promoções e férias; v) embargos de natureza civil, mercantil e despejos em que não se alegam situações de risco

2009 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *G.Y.G.R. a respeito do México* (MC 364-17), Resolução No. 38/2019, 29 de julho de 2019, § 28.

2010 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Criança A.R. a respeito da Argentina* (MC 356-16), Resolução 26/2017, 27 de julho de 2017, § 25.

além do direito de propriedade privada; vi) pedidos de recursos ou apoio financeiro; e vii) trâmites administrativos, incluindo a emissão de certificações, procedimentos e resoluções declaratórias;

O mecanismo de medidas cautelares também se limita no próprio Regulamento, ou seja, naquilo que não cumpre com o estabelecido no artigo 25 do Regulamento. Aqui cabe citar dois exemplos relevantes. O primeiro se refere a situações nas quais é impossível determinar quem seriam as pessoas beneficiárias das medidas outorgadas. O artigo 25.3 permite que sejam beneficiárias pessoas identificadas individualmente ou grupos identificáveis, seja por sua localização geográfica ou pertencimento a grupo, povo, comunidade ou organização. A justificativa para isso é bastante simples, não é factível solicitar a um Estado proteger adequadamente a um grupo ou pessoas que esse não consegue saber quem são.

O segundo exemplo se refere a medidas que reportam situações que requerem ações através de políticas públicas. Esse suposto frequentemente ocorre em solicitudes que alegam situações de natureza estrutural, muitas vezes de forma genérica. As medidas cautelares solicitam aos Estados implementar medidas de proteção a direitos em risco de dano irreparável para pessoas determinadas, não define que se crie, muito menos cria, políticas públicas para os Estados.

6. CONCLUSÃO

A potestade de outorgar medidas cautelares é uma das ferramentas da Comissão Interamericana para cumprir com seu propósito de promover o respeito e defesa dos direitos humanos nas Américas e pode-se dizer que é um recurso ordinário no direito internacional dos direitos humanos. Isso não significa que seja menos importante, tampouco versa sobre sua eficácia, mas contribui para confirmar a validade da sua prática.

Na sua prática, a Comissão vem construindo e aclarando os parâmetros de avaliação de solicitações de medidas cautelares, inclusive aqueles que indicam o não cumprimento dos requisitos regulamentários. Os exemplos utilizados demonstram que a CIDH analisa tais requisitos dentro do contexto em que o risco é alegado, em atenção aos acontecimentos atuais, ainda que, para outros aspectos, esteja sujeita a informação específica enviada pelas partes.

Além disso, conforme explicitado na análise da prática relacionada à proteção da liberdade de expressão, direitos políticos, identidade e vida familiar, a Comissão Interamericana toma em consideração os desenvolvimentos do direito internacional dos direitos humanos, principalmente os *standards* afirmados pela Corte Interamericana. Dessa forma, o mecanismo de medidas cautelares potencialmente alcança responder às necessidades de proteção dos indivíduos e grupos em conformidade com a evolução do direito internacional.

Efetivamente, a não observância a uma medida cautelar pode acarretar responsabilidade internacional do Estado, ademais de impedir devida reparação. De fato, as medidas cautelares auxiliam aos Estados no cumprimento de seus deveres convencionais, explicitando a existência de uma situação que requer ações positivas de prevenção e proteção de acordo com o artigo 1.1 da Convenção Interamericana.

BIBLIOGRAFIA

Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), Fortalecimento do processo de trâmite de pedidos de medidas cautelares, Resolução 3/2018, 2018.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), O direito das crianças à família. Cuidado Alternativo. Colocando fim à institucionalização nas Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13, 2013.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, A pena de morte no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de restrições a abolição, 2011 a.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Segundo Informe sobre a situação das defensoras e defensores de direitos humanos nas Américas, 31 de dezembro de 2011 b.

Rieter, Eva. *Preventing Irreparable Harm. Provisória Measures in International Human Rights Adjudication*. Inter-sentia, 2010.

CONTRIBUIÇÕES E DESAFIOS DO PROCEDIMENTO DE SOLUÇÃO AMISTOSA PERANTE A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Ana Maria D'ávila Lopes

Mara Livia Moreira Damasceno

RESUMO: No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cabe à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) promover a construção de soluções consensuais entre o Estado denunciado e as vítimas. Esse procedimento é denominado Procedimento de Solução Amistosa (PSA), sendo objeto do presente trabalho discutir suas contribuições e desafios. Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental na doutrina, legislação e jurisprudência nacional, comparada e internacional. Com base na análise dos dados levantados, especialmente dos dois únicos casos brasileiros resolvidos via PSA, verificaram-se diversos aspectos positivos desse procedimento, bem como alguns desafios a serem ainda superados em prol de conferir, não apenas agilidade, mas efetividade aos acordos celebrados.

PALAVRAS-CHAVE: Procedimento de Solução Amistosa. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Sistema Interamericano de Direitos Humanos; 3. Procedimento de Solução Amistosa (PSA); 3.1 Princípios do Procedimento de Solução Amistosa (PSA); 4. Acertos e desacertos do Procedimento de Solução Amistosa (PSA); 5. Casos Brasileiros Solucionados Amistosamente; 5.1 Caso nº 11.289 - Vítima José Pereira; 5.2 Casos nº 12.426 e nº 12.427 - Meninos Emascarados do Maranhão; 6. Considerações Finais

1. INTRODUÇÃO

A proteção internacional dos direitos humanos iniciou-se após a Segunda Guerra Mundial, com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, dando lugar a um sistema global de proteção. Inspirada nessa iniciativa, a Organização dos Estados Americanos (OEA) instituiu o sistema regional interamericano, também em 1948, com a aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres (PIOVESAN, 2007).

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) atua de forma complementar e subsidiária aos ordenamentos dos 35 países do continente americano, incluindo o Brasil. O SIDH possui dois órgãos principais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH).

O procedimento no SIDH inicia-se na CIDH por meio de denúncia realizada por qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organização não governamental (ONG) contra um Estado parte da OEA pela violação de um direito humano. Para a facilitação da construção de uma solução, compete à CIDH fomentar um acordo amistoso entre as partes, em qualquer etapa do exame de uma denúncia (RAMOS, 2015).

Esse procedimento é denominado “Procedimento de Solução Amistosa” (PSA), sendo o propósito do presente artigo demonstrar seus benefícios para as partes e a sociedade, bem com os desafios a serem ainda superados para garantir a efetividade do acordo.

Para a consecução desses objetivos, realizou-se pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e comparada, bem como pesquisa documental na legislação e jurisprudência internacional. A abordagem foi qualitativa, enquanto em relação aos objetivos foi exploratória. Por fim, o método de análise foi o dedutivo.

Desse modo, o texto inicia com uma breve explanação sobre o SIDH para, logo após, abordar os aspectos teórico-legislativos do PSA, de modo a, no seguinte tópico, identificar e discutir seus acertos e desacertos. Finalmente, os dois casos solucionados amistosamente envolvendo o Estado brasileiro são expostos, no intuito de demonstrar as contribuições do PSA e seus desafios para a garantia da plena efetividade dos direitos humanos no continente.

2. SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

É com a Carta de Bogotá, que criou a Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1948, que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) foi instituído. Nessa ocasião foi também aprovada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), que junto com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de São José da Costa Rica de 1969 (que dispõe sobre direitos individuais e políticos) e o Protocolo Adicional à CADH ou Protocolo de San Salvador de 1988 (que prevê direitos econômicos, sociais e culturais), constituem os três principais documentos desse Sistema (LOPES; CHEHAB, 2016).

Compõem o SIDH dois órgãos principais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com sede na cidade de Washington D.C. (Estados Unidos), e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), com sede na cidade de São José da Costa Rica (Costa Rica), criadas pela OEA em 1959 e 1969, respectivamente (RAMOS, 2015).

A composição e competências desses órgãos estão previstas na CADH (OEA, 1969). Assim, do artigo 52 ao artigo 65 encontram-se as normas relativas à CorteIDH, composta por 7 juízes, eleitos pela Assembleia Geral da OEA de uma lista de candidatos propostos pelos governos dos Estados partes. Os juízes são eleitos para um período de

6 anos, podendo ser reeleitos uma vez (artigo 54). A CorteIDH possui competências jurisdicional (julga os Estados que reconhecem sua competência contenciosa no caso de violação da CADH) e consultiva (emite pareceres sobre a interpretação da CADH, ou da sua compatibilidade com outros documentos internacionais de direitos humanos, ou com leis internas dos Estados partes).

A regulação da composição e competências da CIDH encontram-se do artigo 34 ao artigo 51 da CADH. A CIDH está composta por 7 membros, eleitos pela Assembleia Geral da OEA de uma lista de candidatos propostos pelos governos dos Estados partes. Os membros são eleitos por 4 anos, podendo ser reeleitos uma vez. Conforme o artigo 41, a principal função da CIDH é promover a observância dos direitos humanos. Para tal, compete-lhe, dentre outras, averiguar as denúncias apresentadas por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em algum dos Estados partes da OEA (artigo 44), referentes à violação de direito humano previsto na CADH. Essas denúncias são apresentadas por meio de petições, que devem conter os requisitos de admissibilidade estabelecidos no artigo 46. Após reconhecida a admissibilidade, a CIDH solicita informações ao país denunciado para que este se pronuncie a respeito da acusação (artigo 48.1, “a”), podendo, inclusive, ela própria investigar os fatos (artigo 48.1, “e”), colocando-se à disposição dos interessados a fim de chegar a uma solução amistosa (artigo 48.1. “f”) e evitar a denúncia do Estado perante a CorteIDH.

A solução amistosa é, na grande maioria dos casos, a melhor forma de solucionar um conflito, entretanto, tem recebido pouca atenção da doutrina brasileira, motivo pelo qual, nas próximas linhas, será objeto de análise e discussão.

3. PROCEDIMENTO DE SOLUÇÃO AMISTOSA (PSA)

No procedimento de petições perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) existe um espaço participativo para o diálogo entre as vítimas e o Estado denunciado, com o objetivo de alcançar uma solução consensual. Trata-se do Procedimento de Solução Amistosa (PSA), sendo definido como *“un mecanismo utilizado para la solución de conflictos, utilizado para el arreglo pacífico e consensuado de las controversias ante la CIDH”* (CIDH, 2013, p. 7). Cabe à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a competência de buscar uma solução amistosa. Segundo Rousset Siri (2015, p. 128), a escolha da CIDH para exercer essa função deriva do seu caráter extrajudicial, *“cuya actividad no es propiamente contenciosa y por ello está en mejores condiciones de realizar la conciliación”*.

Sobre a natureza jurídica do PSA, Castilla (2007, p. 125) aponta existirem controvérsias doutrinárias sobre se é um procedimento de conciliação ou de mediação, posicionando-se no sentido de ser uma figura própria do direito internacional de proteção dos

direitos humanos, com características tanto de conciliação como de mediação, ou seja, um procedimento misto, constituindo uma boa opção política para o Estado infrator.

En nuestra consideración y como se confirmará más adelante, la práctica ha demostrado que la solución amistosa es una figura jurídica propia del derecho internacional de los derechos humanos, que puede constituirse en una etapa del procedimiento o trámite de peticiones individuales, y que puede ser un procedimiento de conciliación y/o de mediación e, incluso, un procedimiento mixto que comprenda ambas figuras jurídicas. Asimismo, es para el 'Estado infractor una salida de tipo político' (Faúndez Ledesma 2004, 432) para cumplir con sus obligaciones internacionales evitando la decisión de un órgano jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional.

Sepúlveda (1984, p. 242) ensina que o PSA foi introduzido no SIDH por influência das disposições presentes no artigo 39 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1953 (CONSELHO DE EUROPA, 1953) e do artigo 42.1 “a”, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966 (ONU, 1966).

A introdução do PSA no SIDH deu-se com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), de 1969, entretanto, somente em 1985 a CIDH homologou e publicou o primeiro relatório de solução consensual entre peticionários e um Estado (CIDH, 2018). Trata-se do Caso nº 7.956 (Honduras)²⁰¹¹, de 5 de março de 1985, referente ao Sr. Luis Alonzo Monge, um cidadão hondurenho que foi expatriado e preso em 21 de julho de 1981, sem julgamento por autoridade competente. A responsabilização por essa ilegalidade foi atribuída ao Diretor Geral da Política da População e Migração do Estado de Honduras. Ao final, por meio do PSA, construiu-se um acordo entre o Estado de Honduras e o Sr. Luis Alonzo Monge, de modo a assegurar seu retorno e regularização da sua condição legal, em conformidade com as normas desse Estado (CIDH, 1985).

Ao longo dos 34 anos de atuação em soluções consensuais, de 1985 até setembro de 2019, a CIDH tem aprovado 157 relatórios de solução amistosa, dentre os quais dois casos envolveram o Estado brasileiro: Relatório nº 95/03 do Caso nº 11.289, referente a José Pereira, em 24 de outubro de 2003, e Relatório nº 43/06 dos Casos nº 12.426 e nº 12.427, relativos aos Meninos Emascarados do Maranhão, em 15 de março de 2006 (CIDH, 2019).

É na CADH (OEA, 1969), como apontado acima, que o PSA está previsto. Assim, no artigo 48.1, “f”, estabelece-se que a CIDH, ao receber uma petição ou comunicação de violação de algum dos direitos consagrados na CADH, “pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos reconhecidos nesta Convenção” (OEA, 1969). Impende observar, conforme apontado por Estepa (2011, p. 333), que o PSA é uma faculdade e não uma

2011 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Luis Alonso Monge*, Honduras, Informe Nº 5/85, Caso No. 7956, Solução Amistosa, 5 de março de 1985.

obrigação que a CADH confere à CIDH, na medida em que cabe a este órgão apreciar, no caso concreto, se o objeto do litígio é suscetível de solução amistosa. Essa discricionariedade, entretanto, não implica qualquer reconhecimento da possibilidade de uma decisão arbitrária, já que a renúncia da CIDH para promover uma solução amistosa deve estar plenamente justificada.

Posição diferente é defendida por Castilla (2007, p. 127), para quem o PSA é uma obrigação da CIDH, especialmente a partir do caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, na qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) decidiu que:

*[...] la Comisión no tiene facultades arbitrarias en esta materia. Es muy clara la intención de la Convención respecto del papel conciliador que debe cumplir la Comisión antes de que un caso sea enviado a la Corte o publicado. Sólo en casos excepcionales y, naturalmente, con razones de fondo, puede la Comisión omitir el procedimiento de la conciliación porque está de por medio la protección de los derechos de las víctimas o de sus familiares*²⁰¹².

Superada essa controvérsia, explicita-se que o PSA desenvolve-se no interior do procedimento de denúncias perante a CIDH, cujo início, conforme estabelecido no artigo 44 da CADH (OEA, 1969), se dá com a propositura de petições ou comunicações apresentadas por qualquer pessoa, grupo de pessoas, organização não governamental (ONG) ou qualquer Estado parte da Organização de Estados Americanos (OEA), diante da violação de algum direito previsto na CADH por um Estado parte.

A petição deve ser escrita e dirigida à CIDH, bem como atender os requisitos de admissibilidade dispostos no artigo 46: esgotamento dos recursos internos; apresentação dentro do prazo de 6 meses da notificação definitiva da denegação do direito; matéria não pendente em outro tribunal internacional; e informação dos dados básicos do peticionário ou seu representante legal. Uma vez admitida a petição, a CIDH solicita ao Governo do Estado denunciado o envio, dentro de um prazo razoável, de informações (artigo 48,1, “a”). Recebidas essas informações, a CIDH verifica se ainda persistem os motivos da denúncia. Em caso negativo arquiva o expediente (artigo 48,1, “b”), mas, se subsistirem, analisa, com o conhecimento das partes, a petição, procedendo, caso necessário, a uma investigação, podendo solicitar às partes qualquer informação (artigo 48,1, “d” e “e”). Em todo momento, a CIDH, conforme acima exposto, coloca-se à disposição das partes para chegar a uma solução amistosa (artigo 48,1, “f”). Essa possibilidade encontra-se também prevista no artigo 40.1 do Regulamento da CIDH, “em qualquer etapa do exame de uma petição ou caso, a Comissão, por iniciativa própria ou a pedido das partes, pôr-se-á à disposição destas a fim de chegar a uma solução amistosa sobre o assunto [...]” (CIDH, 2009).

2012 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caballero Delgado y Santana c. Colombia*, Excepciones Preliminares, Sentença de 21 de janeiro de 1994, Série C No. 17, §27.

O estímulo à solução consensual de uma controvérsia está também previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, dispõe o artigo 334 Código de Processo Civil (CPC/2015) que:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência: §5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência (BRASIL, 2015).

No Brasil, ambos, autor e réu, devem manifestar desinteresse na autocomposição via petição escrita, pois o silêncio é entendido como aceitação tácita à tentativa amistosa para a solução do conflito. Caso o acordo no início do processo judicial seja infrutífero, a tentativa amistosa pode se dar posteriormente a qualquer momento, conforme artigo 139, V, do CPC/2015: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V) Promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais” (BRASIL, 2015).

No âmbito do SIDH, o artigo 40.1 do Regulamento da CIDH estabelece que é possível realizar o procedimento de solução amistosa a pedido de qualquer das partes ou por iniciativa da própria CIDH, em qualquer momento da análise da petição (CIDH, 2009). Verifica-se que, na grande maioria das vezes, os acordos amistosos são realizados entre a apresentação da denúncia e o relatório de admissibilidade, ou imediatamente após a emissão desse relatório. Todavia, há casos em que o acordo foi celebrado nas fases finais do procedimento perante a CIDH, ou seja, no momento da redação do relatório de que trata o artigo 50 da CADH (ROUSSET SIRI, 2015, p. 131). Nesse mesmo artigo 40 do Regulamento da CIDH estabelece-se, também, que os acordos devem ser baseados no respeito aos direitos humanos consagrados na CADH, na Declaração Americana de Direitos e Deveres (DADH) e demais instrumentos sobre referida temática. Estabelece, ainda, que o início e a permanência no PSA serão baseados no livre consentimento das partes envolvidas (artigo 40.2); que a negociação poderá ser facilitada por um ou mais membros da CIDH (artigo 40.3); que, durante o procedimento, a CIDH poderá concluir sua intervenção se entender que o assunto não é passível de solução por essa via, ou se uma das partes desistir ou não se mostrar disposta a construir uma solução amigável, baseada no respeito aos direitos humanos (artigo 40.4). Quando alcançada uma solução amistosa, a CIDH elaborará relatório com breve explanação dos fatos e a solução alcançada, o qual será repassado às partes e publicado, verificando-se, antes, se as mesmas consentem com os termos do acordo (artigo 40.5). Superadas essas etapas, é necessário que a CorteIDH se pronuncie sobre a procedência e efeitos jurídicos do acordo, conforme o disposto no artigo 63 do Regulamento da CorteIDH (CORTEIDH, 2009).

La Corte podrá revisar cualquier método de solución de conflicto que hayan tomado las partes para la resolución de la controversia, podrá analizar su procedencia así como los efectos que estos conlleven ante el caso. Vemos que la Corte tiene independencia ante la solución que presenten los involucrados, sólo se encargará de verificar su vigencia y compatibilidad (ISLAS COLIN, 2018, p. 194).

Se nenhum acordo for construído, a CIDH prosseguirá com a tramitação da petição (artigo 40.6), devendo emitir, conforme previsto no artigo 23.2 do Regimento da CIDH, no prazo de 180 dias, o relatório de que trata o artigo 51 da CADH.

Perante à CIDH, todos os casos são passíveis de serem resolvidos pela via amistosa, *“independientemente de la naturaleza del asunto, la CIDH ofrece sus buenos oficios, en todos los casos, para facilitar que las partes lleguen a un acuerdo respetuoso de los derechos humanos”* (CIDH, 2013, p. 5), exceto, conforme acima apontado, se a CIDH entender que a natureza do conflito não é passível de consenso ou se as partes manifestarem desinteresse na solução amigável.

Para Sepúlveda (1984, p. 247), não toda violação de direitos humanos pode ser objeto do PSA. Assim, entende que violações que impliquem detenções sem o respeito ao devido processo legal, torturas, execuções ilegais e desaparecimentos forçados, devem ser excluídas. Já para Carmona Tinoco (2005, p. 111), qualquer fato especialmente grave, como os delitos de lesa humanidade, devem ser excluídos.

No ordenamento jurídico brasileiro, não haverá tentativa de solução consensual em dois casos, conforme artigo 334, §4º do CPC/2015: “A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição” (BRASIL, 2015).

Havendo solução amistosa no SIDH, os pontos mínimos que o acordo pode incluir, segundo Castilla, (2007, p. 25), são:

- a. Reconhecimento oficial do Estado da violação das obrigações internacionais assumidas;
- b. Cessação do fato que provocou a denúncia do Estado e, se possível, a restituição da situação anterior ao conflito;
- c. Investigação dos fatos e sanção dos responsáveis pelos mesmos;
- d. Reparação integral dos danos materiais e imateriais sofridos pelas vítimas;
- e. Oferecimento de garantias de não repetição; e,
- f. Fixação de prazos e condições para o cumprimento do acordo.

Rousset Siri (2015, p. 126-127), pela sua vez, entende que, para o acordo ser válido, deve reunir as seguintes características: a) deve existir um *“acuerdo base”* (*“friendly settlement declaration”*), no qual conste a manifestação de interesse das partes de resolver o caso; b) deve respeitar a letra e o espírito dos tratados de direitos humanos; e, c) deve ser facultativo para as partes.

Nessa linha, entende-se que o PSA, deve, além de buscar uma solução em concordância com os direitos humanos, respeitar os princípios que fundamentam esse tipo de procedimento, e que são explicitados a seguir.

3.1 PRINCÍPIOS DO PROCEDIMENTO DE SOLUÇÃO AMISTOSA (PSA)

O PSA é fundamentado pelos princípios da Autonomia da Vontade das Partes, da Imparcialidade do Facilitador, da Informalidade e da Confidencialidade²⁰¹³.

a) Princípio da Autonomia da Vontade: refere-se à capacidade das partes para decidirem, de forma livre e informada, o que desejam em relação àquele conflito. No artigo 40.2 do Regulamento da CIDH estabelece-se que: “O início e a continuação do procedimento de solução amistosa basear-se-ão no consentimento das partes” (CIDH, 2009). Esse consentimento inclui a manifestação para sua participação no PSA, bem como sua permanência ou desistência (CIDH, 2013, p. 5);

b) O Princípio da Imparcialidade: refere-se à atuação do facilitador para o sucesso do andamento do procedimento consensual. Observe-se que, conforme o disposto no artigo 15.2 do Regulamento da CIDH: “A Comissão poderá designar um dos seus membros como responsável pelas relatorias de país e, neste caso, assegurará que cada Estado membro da OEA conte com um relator ou relatora. Na primeira sessão do ano ou quando seja necessário, a CIDH considerará o funcionamento e trabalho das relatorias de país e decidirá sobre sua designação” (CIDH, 2009). Portanto, o membro da CIDH designado como relator do país desempenhará o ofício de facilitador do PSA, devendo atuar de modo imparcial.

Los buenos oficios de la Comisión y su papel de facilitador imparcial han sido imprescindibles para el acercamiento de las partes y para la consolidación de los acuerdos de solución amistosa [...] La Comisión tomará un papel de tercero imparcial, ejerciendo su función de facilitador, con el objetivo de acercar a las partes, servir como un canal de comunicación entre ellas (CIDH, 2013, p. 5).

A imparcialidade impede que o terceiro, facilitador do caso, beneficie uma das partes em detrimento da outra, ou seja, o facilitador não deve tomar partido nem se posicionar em favor de uma das partes, sendo seu dever fomentar o diálogo e manter uma justa distância das mesmas para apreciar o litígio com objetividade, de modo que as partes se sintam confortáveis para aceitar e decidir as soluções do caso (SPLENGER, 2017, p. 147);

c) O Princípio da Informalidade: refere-se à ausência de um formato pré-estabelecido, ou seja, entende-se que as etapas do procedimento não seguem um rito rigoro-

2013 Esses princípios encontram-se também positivados no ordenamento jurídico brasileiro, sendo usados para nortear a realização da autocomposição dos conflitos, conforme artigo 2º, I, IV, V e VII da Lei de Mediação de Conflitos, Lei nº 13.140 de 2015 (BRASIL, 2015b), artigo 166, §§ 1º, 2º e 4º do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 2015 (BRASIL, 2015a) e artigo 1º, I e IV do Código de Ética dos Mediadores e Conciliadores Judiciais, inserido na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010).

so, podendo adequar-se às necessidades de tempo e lugar das partes, adaptando-se às sugestões delas e às estratégias do facilitador (ALMEIDA; PAIVA, 2016, p. 106-107). Assim, considera-se que “*La flexibilidad del sistema implica que las partes pueden establecer sus cronogramas de trabajo y plazos para la negociación de las reparaciones a las alegadas violaciones de derechos humanos*” (CIDH, 2013, p. 11). Todavia, “*el procedimiento de solución amistosa se caracteriza por ser voluntario, informal y flexible, en el cual las partes podrán adelantar negociaciones con o sin la participación directa de la CIDH*” (CIDH, 2013, p. 8);

d) O Princípio da Confidencialidade: refere-se à segurança garantida às partes do não compartilhamento e divulgação das informações prestadas à CIDH durante o PSA, “*dichas reuniones de trabajo se caracterizan por su flexibilidad y confidencialidad*” (CIDH, 2013, p.19), de modo que possam manifestar-se de forma aberta e transparente. Por esse motivo, “*las reuniones de trabajo sobre soluciones amistosas son privadas*” (CIDH, 2013, p.12).

4. ACERTOS E DESACERTOS DO PROCEDIMENTO DE SOLUÇÃO AMISTOSA (PSA)

Silva e Spengler (2013, p. 132) entendem que os meios alternativos de solução de conflitos (a exemplo do PSA) facilitam o acesso a uma justiça célere e eficaz, sendo características indispensáveis na resolução de qualquer litígio.

Nesse sentido, entende-se que um benefício crucial da adoção do PSA refere-se à redução do prazo da tramitação das petições, em comparação com a via litigiosa perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), o que confere uma maior efetividade à solução, bem como promove um sentimento de justiça mais próximo e real.

Para las víctimas de estas violaciones, convertidas en peticionarios, el acuerdo amistoso les asegura una terminación positiva y ágil del conflicto que de otra manera dependería de procedimientos lentos en los que un fallo favorable no está garantizado; adicionalmente, el carácter consensual y flexible de la solución amistosa les permite la negociación de los términos de la reparación, lo cual no ofrece una decisión judicial condenatoria (ESTEPA, 2011, p. 341).

O PSA constitui, também, uma boa alternativa para o Estado evitar o custo político-diplomático de uma decisão contrária da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre o mérito do caso ou um eventual litígio perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), pois “*una vez que la CIDH emite un informe de aprobación de una solución amistosa, el efecto jurídico principal es que la decisión pone fin al trámite del asunto en el sistema de peticiones y casos*” (CIDH, 2013, p. 17).

Além desses aspectos positivos, a solução amistosa traz benefícios não apenas para as partes, mas também para a sociedade, haja vista o acordo poder abranger os seguintes tipos de medidas (CIDH, 2013):

- a. Compensação Econômica, ou seja, o pagamento de um valor como reparação do dano sofrido pela vítima e/ou familiares;
- b. Medidas de Satisfação, compreendem o reconhecimento público e o pedido de desculpas do Estado pelos atos de violação de direitos contra a vítima, a busca do corpo e entrega aos seus familiares, investigações eficazes, julgamentos efetivos e aplicação de sanções penais ou administrativas, construções de monumentos e edificações em nome e honra da vítima, dentre outros;
- c. Medidas de Restituição, podem abranger a devolução de terras de propriedade individual ou coletiva, liberação de pessoas que possam ter sido aprisionadas arbitrariamente ou até mesmo o retorno ao emprego;
- d. Medidas de não Repetição, referem-se a mudanças legislativas, implementação de políticas públicas para, por exemplo, capacitar servidores públicos e profissionais que atuam no assunto em controvérsia, de modo a evitar novos casos similares;
- e. Medidas de Reabilitação médica, psicológica e social, ou seja, cobertura dos gastos médicos, atendimento médico prioritário e gratuito, plano de saúde permanente, etc.;
- f. Criação de Tribunais Ad-Hoc²⁰¹⁴, para determinação da quantia que deve ser paga à suposta vítima como forma de compensação econômica, em conformidade com os padrões internacionais aplicados.

Essas medidas, assumidas por meio do acordo, produzem muitas vezes efeitos amplos e sistêmicos que beneficiam não apenas à vítima, mas também à sociedade, ao abranger mudanças como a implementação de políticas públicas e reformas legislativas. Elemento crucial para o cumprimento desses compromissos é a

articulación entre las diferentes agencias estatales concernidas en la resolución del caso o petición, mediante espacios de coordinación interinstitucional y procesos de decisión que doten de seriedad la expresión de voluntad Estado para la adquisición de compromisos y su posterior cumplimiento (CIDH, 2013, p. 23).

Contudo, impende observar que a prática do PSA se afasta, muitas vezes, desses ideais benéficos que o procedimento deveria provocar. Assim, em estudo realizado por Islas Colin (2018, p. 188), constatou-se o baixo nível de cumprimento das medidas adotadas nos acordos. Das 118 soluções amistosas analisadas até janeiro de 2018, verificou que apenas 42 tiveram cumprimento total, 70 cumprimento parcial, 2 não evidenciaram qualquer cumprimento, e 1 ainda estava pendente (ISLAS, COLIN, 2018, p. 188).

Nessa linha, em relação à agilidade das soluções obtidas pelo PSA, Estepa (2011, p. 347) esclarece que “*El tempo de la solución amistosa no es siempre lo que se espera, no siempre es tan eficaz, por lo cual al durar entre cinco y siete años las frustraciones por este tipo de mecanismos hacen perder las expectativas, y, sobre todo, los derechos de las víctimas*”.

2014 No Brasil, esse tipo de medida está vedado expressamente pelo artigo 5º, XXXVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Diante dessa realidade, Rousset Siri (2015, p. 147) entende ser necessário o aprimoramento das regras processuais do PSA, especialmente regras que “*regulen el nivel de cumplimiento del acuerdo ante de proceder a su homologación*”, sendo enfático ao afirmar que a CIDH não deveria emitir o relatório de acordo amistoso exigido pelo artigo 49 da CADH, se o Estado não cumpriu com pelo menos o pagamento da indenização à vítima ou familiares.

El respeto por los derechos humanos que exige la aprobación del acuerdo debería comprender como mínimo que se acredite el pago de las indemnizaciones debidas a las víctimas con inclusión de los intereses por mora si los hubiese. En un extremo más complejo, se debería requerir al Estado que presente notables avances en las medidas de reparación integral dispuestas (especialmente las medidas de investigación y sanción de los responsables) para que la CIDH emita el informe conclusivo de instancia del artículo 49.

Lo que no se debería permitir la CIDH es la emisión del informen los casos que no se ha cumplido medida alguna, aun cuando las mismas estén en avanzado estado de trámite (ROUSSET SIRI, 2015, p. 147).

A CIDH possui também a responsabilidade de assegurar que o desbalanceamento da capacidade de negociação entre a vítima e o Estado não prejudique a construção de um acordo justo, sendo, portanto, necessária também a previsão de mecanismos de equilíbrio, a exemplo da garantia de acesso da vítima à informação que estiver em poder do Estado, e que seja crucial para uma decisão livre e consciente. Há, nesse sentido, que se lembrar que o Estado deve agir de boa fé e que, embora o fato de se submeter ao PSA não signifique o reconhecimento da sua responsabilidade, tem a obrigação de respeitar a CADH (ESTEPA, 2011, p. 339).

Outro aspecto negativo mencionado por Beristein (2008) é o fato dos acordos do PSA não serem considerados jurisprudência, o que restringe a sua repercussão, especialmente em se tratado das possibilidades do seu uso para o controle de convencionalidade.

Esse e outros aspectos são sintetizados por Beristein, (2008, p. 320) em uma tabela, na qual compara as vantagens da solução de uma controvérsia via PSA e via julgamento pela CorteIDH:

SOLUÇÃO AMISTOSA	SENTENÇA DA CORTEIDH
Ágil e flexível	Mais estrutura e rígida
Pode evitar um longo processo	Mais longo no tempo
Depende da vontade das partes	Depende das garantias jurídicas do caso
Precisa capacidade de negociação	Precisa estratégia de litígio
Menor reconhecimento da verdade	Maior análise de violações e tipo de responsabilidade
Não se avalia o dano	Avaliação do dano relevante para fixar a reparação (peritos)

Sem vontade política do Estado, maior frustração das vítimas: menor mecanismo de cumprimento	Sem vontade política do Estado, cumprimento difícil e fragmentado, mas permanece a obrigação jurídica
Menos mecanismos de cumprimento	Maior possibilidade da supervisão de cumprimento
Centrada mais nas necessidades das vítimas do processo	Centrada na determinação das violações e responsabilidades do Estado
Em geral, menor impacto público	Impacto público por condena ao Estado e jurisprudência
Não cria jurisprudência. Antecedente de negociação	Cria jurisprudência para outros casos
Possibilidade de abertura a outros atores durante o processo	Possibilidade de abertura a outros atores na fase do cumprimento
Risco de ver a negociação como barganha de direitos	Violações determinadas por tribunal independente
Sem standards mínimos de como iniciar a negociação	Standards da Corte IDH sobre reparações
Reparação adequada às necessidades e criatividade, se há capacidade de negociação	Reparação em função de demandas de vítimas e dos próprios critérios da CorteIDH

Finalmente, dois aspectos negativos que merecem destaque são a terminologia usada para denominar esse procedimento e o fato de envolver a negociação de direitos humanos. Assim, sobre o primeiro ponto, autores como Estepa (2011, p. 343) questionam o uso da expressão “amistosa”, na medida que estamos perante um conflito que envolve a violação de direitos humanos como homicídio ou tortura cometidas “*por agentes del estado cuyo deber es, precisamente, proteger esos derechos; por lo tanto, cualquier intento de acercar ‘amistosamente’ a víctimas y victimarios acarrea no pocas complicaciones*”. Já sobre o segundo aspecto, Estepa questiona a possibilidade das vítimas de “negociarem” seus direitos, considerando sua essencialidade e a existência de uma obrigação internacional assumida pelo Estado de respeitá-los. Para Carmona Tinoco (2005, p. 119), nesses casos, “*cualquier arreglo amistoso de esta naturaleza parece una broma del peor gusto tanto para la víctima o el peticionario y para los órganos de supervisión*”.

Dessa análise verificam-se os desafios que o PSA precisa ainda enfrentar para alcançar seus objetivos, sem que isso signifique desconhecer suas contribuições para a proteção e promoção de direitos humanos, a exemplo do que aconteceu nos dois casos envolvendo o Estado brasileiro, conforme seguidamente exposto.

5. CASOS BRASILEIROS SOLUCIONADOS AMISTOSAMENTE

Como forma de evidenciar os benefícios concretos do Procedimento de Solução Amistosa (PSA), expõem-se, a continuação, os dois casos nos quais o Estado brasileiro foi denunciado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e que foram solucionados amistosamente.

Trata-se do caso que teve como vítima José Pereira e que foi denominado Caso nº 11.289, resultando no Relatório nº 95/03, de 24 de outubro de 2003, com apenas cumprimento parcial do acordo; e o caso dos Meninos Emascarados do Maranhão denominado Casos nº 12.426 e nº 12.427, cujo Relatório nº 43/06 foi emitido em 15 de março de 2006, obtendo-se cumprimento total do acordo.

5.1 CASO Nº 11.289 - VÍTIMA JOSÉ PEREIRA

Conforme o Relatório nº 95/03²⁰¹⁵, em fevereiro de 1994, as organizações não governamentais Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL) e Américas Watch, denunciaram o Estado brasileiro, perante a CIDH, pela existência de trabalho escravo no estado do Pará. Na petição foram elencados os direitos da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) violados:

Com base nos fatos denunciados, as peticionárias aduziram que o Brasil violou os artigos I (direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade pessoal), XIV (direito ao trabalho e a uma justa remuneração) e XXV (direito à proteção contra a detenção arbitrária) da Declaração Americana sobre Direitos e Obrigações do Homem (doravante denominada a Declaração); e os artigos 6 (proibição de escravidão e servidão); 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção Judicial), em conjunção com o artigo 1(1), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada a Convenção)²⁰¹⁶.

As peticionárias apontaram que, em 1989, a vítima José Pereira, então com 17 anos, foi ferido gravemente ao tentar fugir da Fazenda “Espírito Santo”, onde era retido contra sua vontade e forçado a trabalhar junto com outros 60 trabalhadores. Durante a tentativa de fuga, foi atingido por disparos de fuzil, mas sobreviveu ao ataque, já a pessoa que o acompanhava, conhecido apenas por “Paraná”, veio a falecer. Os agressores acharam que os dois tinham morrido, abandonando os corpos. José Pereira, embora muito ferido, conseguiu chegar a uma fazenda próxima e denunciar as condições de trabalho desumanas a que ele e os outros trabalhadores eram submetidos.

Os trabalhadores, na sua grande maioria pobres e analfabetos, eram recrutados com falsas promessas e trasladados à fazenda, localizada muito distante dos seus locais de residência e de qualquer transporte público. Ao chegar, se deparavam com que já estavam devendo os gastos de transporte e comida da viagem, bem como de moradia e comida do local de trabalho. Tomavam, também, conhecimento de que as condições de trabalho não eram as prometidas, pois o serviço que iriam efetuar era muito mais pesado do que fora prometido. Ao descobrirem que tinham sido ludibriados, não con-

2015 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *José Pereira*, Brasil, Relatório Nº 95/03, Caso Nº 11.289, Solução Amistosa, 24 de outubro de 2003.

2016 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *José Pereira*, Brasil, Relatório Nº 95/03, Caso Nº 11.289, Solução Amistosa, 24 de outubro de 2003, §1º.

seguiram se desvencilhar da situação, pois precisavam pagar essas “dívidas”, sob ameaça de morte caso tentassem fugir.

As peticionárias informaram que essa prática era comum na região, pois, durante os anos de 1992 e 1993, a Comissão Pastoral da Terra (CPT), organização vinculada à Igreja Católica, tinha denunciado 37 fazendas, onde eram realizados trabalhos em condições análogas à escravidão, atingindo 31.426 trabalhadores, sendo muitos deles agricultores, analfabetos, “sem terra”, vindos de estados do Nordeste do Brasil. Afirmaram que o Caso nº 11.289 era meramente exemplificativo de uma prática rotineira de trabalho em condições de escravidão.

Apesar dessas denúncias e da legislação brasileira proibir o trabalho em condições análogas à escravidão (artigo 19 do Código Penal), as peticionárias mencionaram que ninguém nunca tinha sido processado no estado do Pará. Alegaram, ainda, a cumplicidade dos agentes desse estado, posto que, em alguns casos, os policiais estaduais capturavam os trabalhadores fugitivos e os devolviam aos fazendeiros, ou faziam “vista grossa” e não interferiam ao ver os vigilantes das fazendas perseguindo os trabalhadores fugitivos. Por outra parte, afirmaram que nem as autoridades de supervisão do Ministério de Trabalho nem a Polícia Federal tomavam as providências necessárias para prevenir, impedir ou reprimir adequadamente esta situação.

Diante desses fatos, as peticionárias denunciaram a impunidade cúmplice do Estado brasileiro, por não intervir, impedir e reprimir adequadamente essas situações, bem como pela sua ineficácia nos procedimentos investigativos para identificar os responsáveis pela exploração trabalhista e pelo assassinato do “Paraná” e a tentativa de homicídio do menor José Pereira.

Em novembro de 1995, membros da CIDH realizaram uma visita na zona de Xinguara e na cidade de Belém, onde tiveram oportunidade de recolher depoimentos de juízes, promotores, advogados, trabalhadores rurais e defensores de direitos humanos, sobre a presença de trabalho em condições análogas à escravidão na região e, em especial, sobre o caso denunciado.

Em outubro de 1998, as peticionárias informaram que o Ministério Público denunciou cinco pessoas: Arthur Benedito Costa Machado, pelo crime de redução à condição análoga de escravidão, sendo condenado a 2 (dois) anos de reclusão ou 2 (dois) anos de prestação de serviços à comunidade, embora a pena não pôde ser executada porque o crime já tinha prescrito. Os outros quatro réus: Francisco de Assis Alencar, José Gómez de Melo, Augusto Pereira Alves e Carlos de Tal, conhecido como “Carlão”, foram denunciados pelos crimes de tentativa de homicídio contra o menor José Pereira e o crime de redução à condição análoga de escravidão, devendo serem julgados pelo Tribunal do Júri e decretadas as prisões preventivas, as quais não foram executadas.

Várias audiências e reuniões de trabalho foram realizadas entre as peticionárias e os representantes do Estado brasileiro na sede da CIDH. Em fevereiro de 1999, foi aprovado relatório aceitando a admissibilidade da petição que responsabilizava o Brasil pelas violações à CADH e à Declaração Americana sobre os Deveres e Direitos do Homem (DADH). Em março de 1999, esse relatório foi enviado ao Brasil e, na sequência, foi iniciado o PSA, sendo realizadas diversas reuniões de trabalho e audiências, dando como resultado final a celebração de um acordo de solução amistosa, assinado em Brasília, em setembro de 2003. Por meio desse acordo, o Estado brasileiro reconheceu sua incapacidade para prevenir o crime de trabalho em condições análogas à escravidão e de punir os responsáveis.

No acordo previu-se, também, que durante a cerimônia de instalação da Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), a ser criada por Decreto Presidencial em 31 de julho de 2003²⁰¹⁷, o Estado brasileiro assumiria publicamente sua responsabilidade internacional pela violação dos direitos humanos das vítimas, se obrigando a manter sigilo sobre a identidade das mesmas.

Acordou-se, ainda, que o Estado brasileiro iria continuar se esforçando para cumprir os mandados judiciais de prisão dos réus pelos crimes cometidos contra José Pereira, bem como este seria indenizado pelos danos morais e materiais sofridos, com o valor de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais), tendo sido pago em agosto de 2003, mediante uma ordem bancária.

No âmbito preventivo, algumas medidas foram acordadas, tais como a implementação das ações e propostas de alterações legislativas contidas no Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, além de defender a competência federal para o processamento do crime de redução análoga à escravidão.

No que se refere a ações de fiscalização e repressão ao trabalho escravo, o Estado brasileiro comprometeu-se, dentre outras, a: a) fortalecer o Ministério Público do Trabalho; b) acompanhar o cumprimento rigoroso da legislação atual, por meio da imposição de multas administrativas e judiciais, bem como da investigação, denúncia e punição dos responsáveis pela prática de trabalho escravo; c) fortalecer o Grupo Móvel do Ministério do Trabalho e Emprego; e, d) realizar gestões junto ao Poder Judiciário para a efetiva punição dos responsáveis pelos crimes de trabalho escravo.

Finalmente, o Brasil comprometeu-se a implementar medidas de sensibilização contra o trabalho escravo, por meio da realização de campanha nacional com enfoque especial no estado do Pará e de seminários referentes à extinção do trabalho escravo, com a participação do Ministério Público Federal e dos peticionários.

2017 O Decreto de criação da Comissão Nacional de Erradicação ao Trabalho Escravo (CONATRAE) foi realmente publicado em 31 de julho de 2003, sendo substituído pelo Decreto nº 9.887 em 27 de junho de 2019 (BRASIL, 2017).

O Estado brasileiro e os peticionários encaminharam relatórios anuais relacionados ao cumprimento das cláusulas do acordo e a CIDH facilitou audiências para o recebimento dessas informações, verificando-se o cumprimento parcial do acordo, haja vista os casos de trabalho análogo à condição de escravidão continuarem na região.

5.2 CASOS Nº 12.426 E Nº 12.427 - MENINOS EMASCULADOS DO MARANHÃO

Conforme o Relatório nº 43/06²⁰¹⁸, em julho de 2001, as peticionárias Centro de Justiça Global (CJG) e Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente Padre Marcos Passerini ingressaram com uma petição perante a CIDH, contra o Estado brasileiro, com intuito de denunciar o homicídio do menor Raniê Silva Cruz, ocorrido em 1991, na cidade Paço do Lumiar, Maranhão. Em outubro de 2001, as mesmas peticionárias ingressaram com uma nova petição denunciando outros homicídios de menores, Raimundo Nonato da Conceição Filho e Eduardo Rocha da Silva, ocorridos em 1997, na mesma cidade.

Na dupla denúncia contra o Estado Brasileiro, as peticionárias acusaram violações aos direitos consagrados na CADH, por ausência de medidas estatais eficazes para evitar os crimes de homicídio e tortura contra diversos menores no estado do Maranhão e, *a posteriori*, pela letargia na investigação dos fatos.

Com base nos fatos denunciados, as peticionárias alegaram que o Brasil violou os artigos I (Direito à Vida), VI (Direito à Constituição e Proteção à Família), VII (Direito de Proteção à Maternidade e à Infância) e XVIII (Direito à Justiça), da Declaração Americana sobre Direitos e Obrigações do Homem (doravante denominada “a Declaração”), e os artigos 4 (Direito à Vida), 8 (Garantias Judiciais), 19 (Direito à Proteção da Criança) e 25 (Direito à Proteção Judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção”).²⁰¹⁹

Especificamente, a denúncia refere-se ao desaparecimento dos menores Raimundo Nonato da Conceição Filho, Eduardo Rocha da Silva e Raniê Silva Cruz e ao fato de seus corpos terem sido encontrados com indícios de tortura e mutilação nos órgãos genitais. Além desse fato, acusaram o Estado brasileiro de omissão investigativa na busca pelos menores e de lentidão e ineficácia dos inquéritos policiais para apuração da responsabilidade desses crimes, atribuindo imperícia por parte da polícia do estado do Maranhão e inércia por parte da Polícia Federal, que não interveio de forma adequada. Argumentaram que não foram dois casos isolados, mas que foram situações que compuseram um acervo de casos de menores mutilados e

2018 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Meninos Emasculados do Maranhão*, Brasil, Relatório nº 43/06, Casos nº 12.426 e nº 12.427, Solução Amistosa, 15 de março de 2006.

2019 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Meninos Emasculados do Maranhão*, Brasil, Relatório nº 43/06, Casos nº 12.426 e nº 12.427, Solução Amistosa, 15 de março de 2006, §2º.

assassinados no estado do Maranhão, denominados de “Caso dos Meninos Emasculados do Maranhão”.

Além do ocorrido, as peticionárias destacaram a realidade do estado do Maranhão, apontando baixos índices de desenvolvimento humano, especificamente no aspecto infanto-juvenil, o que gera um repertório de problemas como altas taxas de analfabetismo, grande evasão escolar e exploração do trabalho infantil, ou seja, denunciaram que os menores do estado do Maranhão se encontravam privados de direitos fundamentais, tais como à educação, alimentação, lazer, moradia e saúde.

Nesse cenário, as peticionárias solicitaram ações concretas para identificação dos responsáveis pelos crimes, prevenção de novos delitos contra menores, reparação aos familiares das vítimas e melhoria das condições da população infanto-juvenil no estado do Maranhão.

O Estado brasileiro defendeu-se alegando que a Polícia Civil do estado do Maranhão adotou as providências oportunas e que foi constituída uma “força tarefa” nacional investigativa para apoiar as autoridades locais e acelerar a persecução criminal desses fatos. No entanto, somente doze anos após o primeiro homicídio, ou seja, em abril de 2003, o Estado brasileiro constituiu uma “força tarefa” integrada por membros do Ministério Público, Polícia Civil e Federal para elucidar esses acontecimentos. No ano seguinte, o Estado brasileiro identificou o possível autor dos crimes, que confessou o assassinato de 30 menores em São Luís (Maranhão) e 12 em Altamira (Pará).

Diante dessas denúncias, a CIDH marcou reuniões de trabalho e audiências na sede da CIDH. Em março de 2004, deu-se início ao PSA. Após inúmeras reuniões, as peticionárias e o Brasil celebraram um acordo em São Luís, Maranhão, em dezembro de 2005, com vistas ao encerramento dos Casos nº 12.426 e nº 12. 427.

O acordo foi firmado em ato solene e público, com a participação de autoridades do Governo Federal brasileiro e do Governo do estado maranhense, dos representantes dos peticionários, dos representantes da CIDH, e na presença dos familiares das vítimas. Por meio desse acordo o Estado brasileiro admitiu a responsabilidade internacional pelos acontecimentos denunciados, nos termos expostos:

O Estado do Maranhão reconhece a insuficiência de resultados positivos de anteriores linhas de investigação em comparação com o atual estado de apuração, admitindo equívocos e dificuldades na necessária solução imediata dos casos, pelas deficiências estruturais do sistema de segurança até então existentes, a complexidade dos fatos e seu *modus operandi*, além da própria geografia dos crimes e impropriedade técnica de alguns procedimentos investigatórios, o que demanda especial esforço para a responsabilização dos agentes vitimizadores e para a prevenção de circunstâncias de vulnerabilidade de crianças e adolescentes²⁰²⁰.

2020 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Meninos Emasculados do Maranhão*, Brasil, Relatório nº 43/06, Casos nº 12.426 e nº 12.427, Solução Amistosa, 15 de março de 2006, §14.4

Esse reconhecimento público foi ratificado em São Luís, Maranhão, no momento da inauguração do Complexo Integrado de Proteção à Criança e ao Adolescente, em dezembro de 2005, na presença de autoridades do Governo federal e estadual, dos petiçãoários e das famílias das vítimas. Nessa oportunidade concretizou-se também uma reparação simbólica por meio da instalação de placa em homenagem aos menores vitimados.

Todavia, o Estado brasileiro se comprometeu com uma série de ações: a) julgamento dos responsáveis pelas torturas e homicídios, e seguimento das investigações e punições aos outros possíveis responsáveis; b) medidas de compensação pecuniária pelos danos causados aos familiares de todas as vítimas, tais como: inclusão das famílias das vítimas nos programas de Habitação de Interesse Social, pelo prazo de 12 (doze) meses, de forma gratuita, nas localidades de suas atuais residências; pagamento, por parte do Governo do estado do Maranhão, de pensão mensal na quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), para cada uma das famílias das vítimas, de natureza indenizatória, pelo prazo de 15 (quinze) anos;

No que se refere a medidas de não repetição ou de prevenção à violência sexual contra crianças e adolescentes, acordou-se a inclusão do estado do Maranhão no Sistema Estadual de Enfrentamento à Violência Sexual contra a Criança e o Adolescente e do Sistema Interinstitucional de Ações Antidrogras, no sentido de realizar cursos de capacitação para policiais militares e civis, com duração mínima de 03 (três) anos, para o atendimento a ocorrências de crimes envolvendo menores; bem como a inclusão dessa temática no conteúdo programático do Curso de Formação de Policiais Militares e Civis. Ficou acordado, também, a regulamentação e adoção de procedimentos especiais para o atendimento de menores vítimas desses crimes, de forma que o atendimento seja o menos constrangedor possível, com o devido encaminhamento das ocorrências mais complexas à Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente (DPCA), além da reestruturação e adequação das delegacias de alguns municípios do Maranhão para esse tipo de atendimento. E, por derradeiro, inauguração e funcionamento do Centro de Perícias Técnicas para Crianças e Adolescentes vítimas de violência sexual.

Ainda como medidas de não repetição, mas destinadas ao âmbito escolar, ficou acordada a viabilização de atividades culturais e desportivas em todas as escolas da rede estadual e municipal de ensino durante os finais de semana, nos municípios da Região da Grande São Luís, e a construção de duas escolas do ensino médio e uma do fundamental em determinadas cidades do Maranhão.

Acordaram, por fim, fortalecer a assistência jurídica gratuita na cidade do Paço do Lumiar, com a designação de defensor público concursado para a localidade.

O cumprimento do acordo firmado foi acompanhado pelos representantes dos petiçãoários, pelo Conselho Estadual de Direitos da Criança e do Adolescente e pelo Conselho Estadual de Direitos Humanos do estado do Maranhão, que se reúnem a

cada 4 (quatro) meses em sessão conjunta. Finalmente, os peticionários e o Estado brasileiro, encaminharam relatórios anuais referentes ao acompanhamento do total cumprimento do acordo à CIDH.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Procedimento de Solução Amistosa (PSA) realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), constitui um valioso instrumento para a solução pacífica e consensual das controvérsias envolvendo direitos humanos no continente americano, garantindo uma maior celeridade e efetividade à proteção desses direitos. Trata-se de um procedimento pautado pelos princípios da autonomia da vontade das partes, informalidade, imparcialidade do facilitador e confidencialidade.

Ao receber uma denúncia de violação de direitos humanos, cabe à CIDH oportunizar, de ofício ou por solicitação de qualquer uma das partes, um espaço participativo de diálogo, com intuito de alcançar uma solução consensual, baseada no respeito aos direitos humanos. Referido procedimento se encontra previsto expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e no Regulamento da CIDH, e inspirou-se na experiência dos sistemas global e europeu de proteção de direitos humanos.

O primeiro caso resolvido com o uso do PSA aconteceu em 1985. Desde esse ano até o mês de setembro de 2019, a CIDH aprovou e publicou 157 relatórios de soluções amistosas, dentre os quais, dois casos envolveram o Estado brasileiro: Caso nº 11.289, referente à vítima José Pereira, publicado no Relatório nº 95/03 de 24 de outubro de 2003, e Casos nº 12.426 e nº 12.427, referentes aos Meninos Emascarados do Maranhão, publicado no Relatório nº 43/06 de 15 de março de 2006.

Os acordos obtidos nesses dois casos produziram amplos e sistemáticos benefícios para as partes e a sociedade, pois, além da celeridade na responsabilização do Estado brasileiro, os acordos envolveram medidas que transcenderam a compensação individual das vítimas, alcançando setores públicos, por médio, por exemplo, da reforma da legislação nacional e adoção de políticas públicas, no intuito de concretizar o respeito aos direitos humanos, demonstrando, desse modo, as vantagens do uso desse procedimento.

Contudo, impende observar a existência de desafios ainda serem enfrentados para garantir que o PSA seja um instrumento que solucione plena e eficazmente conflitos de direitos humanos, demonstrando a necessidade de um diálogo acadêmico que possa contribuir na construção dos alicerces teóricos de uma reforma legislativa, capaz de tornar o PSA uma alternativa muito mais frequentemente usada e satisfatória para as vítimas.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Diogo A. Redende de; PAIVA, Fernanda. Princípios da Mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: JusPodivm. 2016.

BERISTAIN, Carlos Martín. *Diálogos sobre la reparación. Experiencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, t. I, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008. Disponível em: Acesso em: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2120/dialogo_reparacion_tomo1.pdf 10 fev. 2020.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. La solución amistosa de peticiones de derechos humanos en el ámbito universal y regional con especial referencia al sistema interamericano. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, p. 83-122, 2005. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/116/171> Acesso em: 10 fev. 2020.

CASTILLA, Karlos. Ideas respecto a la solución amistosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista CEJIL* a. II, n. 3, p. 124-133, set. 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24786.pdf> Acesso em: 15 set. 2019.

CIDH - COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informes de soluciones amistosas*. 2019 Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/amistosas.asp> Acesso em: 19 ago. 2019.

CIDH - COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre el impacto del solución amistosa*. Edición Actualizada 2018. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ImpactoSolucionesAmistosas-2018.pdf> Acesso em: 19 ago. 2019.

CIDH - COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Guía práctica sobre el uso del mecanismo de soluciones amistosas en el sistema de peticiones y casos ante la CIDH*, 2013. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/soluciones_amistosas/docs/guia-practica-sa-es.pdf Acesso em: 19 ago. 2019

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> Acesso em: 15 ago. 2019.

ESTEPA, María Carolina. La solución amistosa en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista de Estudios Socio-jurídicos*. v. 13, n. 2, p. 327-352, jul-dic 2011. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/733/73322590012.pdf> Acesso em: 23 ago. 2019

ISLAS COLIN, Alfredo. Mecanismos de solución de controversias en la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: soluciones amistosas. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*. v. 13, n. 1, 2018, p. 183-205. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/79/99>. Acesso em: 10 fev. 2020.

LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes. CHEHAB, Isabelle Maria Vasconcelos. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 2, p. 82-94. 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1004> Acesso em: 25 ago. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROUSSET SIRI, Andrés. Aspectos centrales del procedimiento de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: análisis casuístico. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. a. V, n. 5, 121-149, 2015 Disponível em: <https://www.revistaidh.org/ojs/index.php/ridh/article/download/56/50> Acesso em: 10 fev. 2020.

SEPÚLVEDA, César. El procedimiento de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". IN: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ed.), *Derechos humanos en las Américas*. Homenaje a la memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches. Washington D.C.: Organización de los Estados Americanos, 1984.

SILVA, Caroline Pessano Husek; SPENGLER. Fabiana Marion. Mediação, conciliação e arbitragem como métodos alternativos de solução de conflitos para uma justiça célere e eficaz. *Revista Jovens Pesquisadores*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 1., p. 128-143, 2013.

SPENGLER. Fabiana Marion. *Mediação de Conflitos: da teoria à prática*. 2 ed. Rev. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DAS CONDENAÇÕES EXTRAPATRIMONIAIS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS VIOLAREM A SOBERANIA ESTATAL A PARTIR DA ADPF Nº 153

Érika Leahy

Maritza Costa Leahy

RESUMO: O artigo aborda a dicotomia existente entre a noção de soberania adotada pelo Supremo Tribunal Federal e a uso de condenações extrapatrimoniais pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Partindo-se do histórico de soberania, explicando-a desde sua origem, até os fatos que levaram ela a se desenvolver, o artigo explica que a soberania é um poder do Estado se autolimitar com base no Direito, desconstruindo a ideia que não há nada maior do que o soberano, pois há - o Direito. Ainda, devido às alterações do cenário mundial após Segunda Guerra Mundial, passa-se a ter que ser explicada a noção de soberania quanto ao Direito Internacional. Para isso visualiza-se duas teorias: a Monista e a Dualista. O Brasil adota a segunda, porém, isso leva a uma contradição com o conceito de soberania de se autolimitar quando se está diante das condenações extrapatrimoniais feitas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa contradição é desenvolvida no presente artigo.

PALAVRAS-CHAVES: Soberania. Teoria Monista. Teoria Dualista. Condenação Extrapatrimonial. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A soberania no decorrer da história; 3. Relação entre direito interno e direito internacional; 4. Evolução do direito internacional dos direitos humanos e sua influência no conceito de soberania; 5. Conceito atual de soberania; 6. Sistema interamericano de direitos humanos; 7. Obrigatoriedade das sentenças; 8. Condenações extrapatrimoniais; 9. Posição do Brasil sobre soberania; 10. ADPF nº 153; 11. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Visando compreender os novos andares da sociedade, que cada dia mais aprimora-se na globalização, e as novas relações estatais entre si e com os novos órgãos internacionais e supranacionais, decidimos realizar o estudo com base na noção da soberania no mundo contemporâneo.

Para o fim do presente estudo, decidimos focar no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, uma vez que tem maior influência no República Federativa do Brasil, devido ao fato de ser um sistema regional, em que a proximidade com o país é maior. Porém, notamos que a adoção desse sistema pelo Brasil repercute em uma dicotomia entre a posição sobre a soberania estatal adotada pelo República Federativa do Brasil e pelo

SIDH. Como a soberania seria um poder de se autolimitar pelo direito, não se explica, com base na opção brasileira de adoção da Teoria Dualista, que compreende Direito Interno e Direito Internacional como sistemas distintos, o porquê de internamente ocorrer limitações com base no sistema internacional, como adoção de Tratados Internacionais.

Nota-se que essa situação se torna mais perceptível ao se discutir condenações extrapatrimoniais, as quais implicaram em alterações de leis, desenvolvimento de política pública ou algum ato público, mexendo diretamente na poder de decidir pela autolimitação, não podendo uma Corte Internacional limitar o país ao invés dele. Dessa maneira, como não há no nosso sistema uma regra interna que regule como aplicar essas condenações extrapatrimoniais, e, para a SIDH, segundo o art. 68 da Convenção, os Estados-partes condenados devem as cumprir, automaticamente, gera um impasse quanto a como aplicar na prática essas condenações.

Nesse diapasão, ou as visões entre a SIDH e o República Federativa do Brasil são antagônicas, gerando uma insegurança jurídica extrema quanto a essas sentenças. Ora, uma vez que as condenações devem ser aplicadas automaticamente, segundo entendimento da SIDH, mas, ao mesmo tempo, devem passar pelos procedimentos estatais, o que depende de sua vontade, não sendo obrigado a fazer nada se não for sua vontade, ou as condenações da SIDH esbarram na Soberania Estatal, pois, se o Estado, por ser detentor da Soberania, não pode ser obrigado a mudar sua legislação pelo Sistema Interamericano, não pode a Corte impor uma obrigação de fazer que implique em determinações nas vontades e atitudes do legislativo e executivo.

O presente artigo, portanto, visa compreender a lógica das condenações da CIDH, para entender se elas esbarram ou não na Soberania Estatal. Primeiramente, faremos algumas considerações sobre o conceito de Soberania Estatal clássico. Em seguida, faremos breves considerações sobre as Teorias Monista e Dualista, para depois explicar o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e como ele gerou uma nova concepção de soberania. Posteriormente, explicaremos como funciona o Sistema Interamericano, para após analisar as condenações extrapatrimoniais, e, por fim, analisar a posição do Brasil quanto à soberania.

Para fins de concretização do estudo, utilizamos de metodologia bibliográfica e análise de condenações do República Federativa do Brasil na Corte. A fim de delimitar o escopo do estudo, adotaremos uma análise apenas da República Federativa do Brasil.

2. A SOBERANIA NO DECORRER DA HISTÓRIA

A noção de soberania não esteve sempre presente na história. Apesar de a soberania ser comumente associado aos grandes impérios romanos e à Grécia Clássica, o que resta evidenciado é que nesses locais não havia uma noção de soberania como a que veio

a se desenvolver. As cidades-estados eram autossuficientes, mas não possuíam poderes em uma intensidade e amplitude interna ou externa. Já Roma, conhecida pelos grandes Impérios, apesar desses indicarem poderes civil e militar, não se traduziam em poder supremo do Estado (SANTOS, 2015).

Com o decorrer do tempo, surgiu uma ideia de soberania, porém, a qual seria oriunda do Divino. Ou seja, a soberania se concentrava nas Igrejas Medievais, que possuíam alcance universal e ditavam as regras. Contudo, excetuando as Igrejas, a soberania não era exercida, pois havia um grande número de terras, extremamente divididas, as quais eram teoricamente governadas por monarcas, mas não se submetiam a eles na realidade. Em seguida, a fim de solucionar o problema da grande fragmentação do poder, a sociedade se remodelou, e, assim, adotou-se a ideia de soberania inerente à existência do Estado, com poderes absolutos no território perfeitamente delimitado.

Já existente a noção de soberania, Francisco de Vitória (CAMPELLO, 2017) lança ideias que, não obstante não representar a época em que vivia, seria utilizada posteriormente. Para o filósofo, a soberania implicava em uma configuração da ordem mundial como sociedade com Estados soberanos, livres, independentes em subordinação a um direito das gentes criados para regular a convivência entre eles (ODIZIO, 2006)

A partir do século XVIII, a soberania passa a ser exercida internacionalmente, entendendo-se pela inexistência de hierarquia e submissão entre os Estados. A visão da época era do Estado soberano, que seria uma unidade indivisível, autossuficiente que, em um território determinado, poderia aplicar sanções (SANTOS, 2015). Neste sentido, WEBER (1947) caracteriza o Estado:

“um grupo imperativamente coordenado será chamado “político” se, e na medida em que, a execução de sua ordem é realizada continuamente dentro de uma determinada área territorial pela aplicação e ameaça do uso força física por parte do estado [...] será chamado de “estado” se, e na medida em que, a sua administração, com sucesso, defender uma reivindicação ao monopólio do uso legítimo da força física na execução de sua ordem.”

Com essa conceitualização do Estado, definiu-se como elementos essenciais o território, o povo e o poder soberano, ou seja, dando ainda maior relevância à questão da soberania. Desse modo, passou a ser empreendido esforço para definir a soberania. Entendia-se que soberania implicava no poder de coação que o Estado exercia na população (ODIZIO, 2006).

Destarte, definiu-se os Estados soberanos aqueles com poder absoluto e perpétuo. Ainda, nesta época, entendia-se que a soberania concentrava-se nas mãos de uma única pessoa, a qual não se sujeitaria nem às leis, tendo em vista que ele que as criaria (BONAVIDES, 2012).

A fim de melhor compreender a soberania, passou-se a dividir o conceito em duas dimensões: interna e externa. A dimensão interna diz respeito à relação do Estado

com os indivíduos, enquanto a externa regula a relação entre os Estados soberanos. As primeiras noções de soberania externa versam mais sobre uma tentativa de oferecer fundamentos jurídicos para as colonizações europeias, em razão da soberania do Império e a uma vontade de deus.

Com o tempo, passou-se a se desenvolver a soberania externa para além da colonização. Entendia-se quanto à soberania externa que nenhum Estado soberano poderia ser submetido a outro Estado soberano. Já a soberania interna passou a ser cada vez mais limitada, em razão de diversas reivindicações por direitos da população, como a Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ambos implicaram limitações e diminuição da “soberania” estatal, conforme conceito da época. Dessa forma, os direitos fundamentais passaram a se incorporar nas regulamentações internas, diminuindo o exercício da soberania estatal quanto a possibilidade de regular tudo e todos nos limites do território, mas permanecia a possibilidade de se autodeterminar frente a outros Estados absolutamente (CAMPELLO, 2017).

No entanto, essa concepção de soberania externa que veio com o Tratado de Westfália, em que o limite do Estado seria apenas ele, ensejou os eventos que ocorreram na Segunda Guerra Mundial. Como resposta, aprofundou-se o Direito Internacional Público e Direito Internacional dos Direitos Humanos. Mas isso levou a percepção de certas incongruências no conceito de soberania internacional. Isto pois não se encaixa dentro do conceito de soberania externa, que nada interferiria em um Estado soberano, órgãos supranacionais (ALMEIDA, 2010). Este conflito intensificou-se com a globalização, na qual há intensa circulação de bens, capitais e tecnologia, diminuindo a existência de fronteiras nacionais e a soberania clássica. A soberania como independência de agir e autonomia para decidir tanto na comunidade internacional quanto interna passa a ser exaurida, devido à existência de entidades supranacionais, tratados aos quais os Estados devem respeitar os órgãos de proteção de direitos humanos, que devem ser respeitadas (TORRES, 2000).

3. RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL

A partir da incongruência da ideia da soberania clássica, mormente pela conceitualização da soberania externa, contraposta à realidade do mundo, começou a se vislumbrar no século XX um estudo sobre a relação entre os ramos de direitos - Direito internacional e o Direito Interno.

Estudando os elementos do Estado, JELLINEK (In. SQUEFF, 2016), se deparou com a soberania, uma vez que o Estado era composto do povo, território e poder. Enquanto o povo seria o conjunto de indivíduos que se submetem a uma mesma auto-

ridade, e o território seria os limites geográfico dessa autoridade, o poder seria atividade suprema de se direção, ou seja, soberania (SQUEFF, 2016). Conforme já explicado, a soberania era vista como uma independência jurídica, em que o Estado não seria limitado por nada e ninguém, interna e externamente, mas JELLINEK elucidou a questão enunciando que a soberania seria derivada do Direito, não restando o Estado acima dele. Para ele, a soberania não seria política conforme prevista por Hobbes ou nacional de Rousseau, mas sim jurídica. Isto é, a soberania decorreria do direito, podendo o Estado tudo juridicamente, desde que obedecendo ao Direito (SQUEFF, 2016).

Dessa maneira, entendeu-se que o Direito limitaria o âmbito de atuação do Estado, sendo que ele agiria conforme a ele, e apenas poderia subtrair sua limitação, criando outras limitações, ou seja, poderia modificar seu Direito, com base em seu poder soberano, mas precisaria criar um novo Direito.

Entretanto, verificando-se na prática essa soberania notou-se uma seguinte incongruência em como a soberania afetaria os Estados: se o Estado se autodetermina, por meio do Direito, então, como explica-se os conflitos do Direito Interno com o Direito Internacional? Isto se traduz na mesma questão mencionada anteriormente da soberania externa nos tempos atuais, em que existem órgãos internacionais, que podem condenar os Estados se não respeitarem aos tratados. A fim de entender melhor a questão, foram desenvolvidas duas teorias sobre como esses dois âmbitos do Direito se relacionam - Teoria Monista e Teoria Dualista.

A primeira relata a interação quando é visto o direito internacional e interno como uma coisa só, devendo ser harmonizadas as regras deles. Enquanto o segundo apresenta esses dois ramos como sistemas independentes e distintos, sendo a validade de norma interna não é submetida à sintonia com o sistema internacional (GUERRA, 2019).

Portanto, em que pese as áreas de atuações do Direito Internacional e Direito Interno sejam distintas, pois esse diz respeito ao conjunto de regras oriundas da vontade soberana de cada Estado e aquele se ocupa das obrigações dos Estados nas relações internacionais (SQUEFF, 2016), às vezes as normas deles se confrontam, devendo ser estabelecido como será resolvido esse conflito, como quando um Estado viola Direitos Humanos e depois é responsabilizado nos órgãos internacionais, ou quando um tratado é ratificado pelo Estado e, posteriormente, é editada uma norma interna que contradiz o sentido do tratado. Neste sentido, as teorias tentaram solucionar essa questão, pois como o Estado se autolimita juridicamente, ele não pode conflitar entre si, sem uma resolução rápida para isso.

Quanto a essa problemática, a Teoria Dualista defende que, como os sistemas são absolutamente separados, não haveria conflito, pois no âmbito interno o Estado soberano sempre vai se autodeterminar juridicamente, e internacionalmente, em razão do Direito Internacional ser pautado no princípio da voluntariedade, uma vez aceitando

a participação desse sistema, não poderia mais discordar. Dessa maneira, nessa teoria, não haveria conflito, porque as obrigações do direito interno e do direito internacional são distintas e têm aplicações diversas. Já a Teoria Monista entende que como o direito é um só, e com base na soberania como autolimitação jurídica, não há duas ou mais vontades do Estado, sendo as obrigações do Direito Internacional também obrigações do Direito Interno, não havendo prevalência entre elas. Portanto, em princípio, não entrariam em conflito, porque a vontade é única, e se fez o compromisso internacional, incide no âmbito interno igualmente.

No Brasil, adotou-se a teoria dualista, com fundamento no julgamento do Supremo Tribunal Federal, em que se discutia uma carta rogatória expedida pela Justiça da Argentina com a finalidade de viabilizar a efetivação em territórios brasileiros de ato de caráter executório, conforme se vê pela ementa:

MERCOSUL - CARTA ROGATÓRIA PASSIVA - DENEGAÇÃO DE EXEQUATUR - PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES (OURO PRETO/MG) - INAPLICABILIDADE, POR RAZÕES DE ORDEM CIRCUNSTANCIAL - ATO INTERNACIONAL CUJO CICLO DE INCORPORAÇÃO, AO DIREITO INTERNO DO BRASIL, AINDA NÃO SE ACHAVA CONCLUÍDO À DATA DA DECISÃO DENEGATÓRIA DO EXEQUATUR, PROFERIDA PELO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL, O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO NACIONAL DO BRASIL - PRINCÍPIOS DO EFEITO DIRETO E DA APLICABILIDADE IMEDIATA - AUSÊNCIA DE SUA PREVISÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - **INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL DE RECEPÇÃO PLENA E AUTOMÁTICA DE ATOS INTERNACIONAIS, MESMO DAQUELES FUNDADOS EM TRATADOS DE INTEGRAÇÃO** - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A RECEPÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DOS ACORDOS CELEBRADOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL ESTÁ SUJEITA À DISCIPLINA FIXADA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. É, pois, na Constituição da República, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do iter procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos - inclusive daqueles celebrados no contexto regional do MERCOSUL - concluídos pelo Estado brasileiro. Precedente: ADI 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. - Embora desejável a adoção de mecanismos constitucionais diferenciados, cuja instituição privilegie o processo de recepção dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL, esse é um tema que depende, essencialmente, quanto à sua solução, de reforma do texto da Constituição brasileira, reclamando, em consequência, modificações de jure constituendo. Enquanto não sobrevier essa necessária reforma constitucional, a questão da vigência doméstica dos acordos celebrados sob a égide do MERCOSUL continuará sujeita ao mesmo tratamento normativo que a Constituição brasileira dispensa

aos tratados internacionais em geral. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DE TRATADOS DE INTEGRAÇÃO (MERCOSUL). - **A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NÃO CONSAGRA O PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO E NEM O POSTULADO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.** - A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa, de jure constituto, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata). - O princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil. Magistério da doutrina. - Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção das convenções internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL.²⁰²¹

Apesar de ser adotada no Brasil a Teoria Dualista, o que predomina hoje na comunidade internacional é que deve ser aplicado o regime monista. Ainda, nota-se que impossível adotar por completo o dualismo, pois há normas, em especial de Direitos

2021 República Federativa do Brasil. Supremo Tribunal Federal. Carta Rogatória nº 8279, Relatór: Min.Celso de Mello, Data de julgamento: 04/05/1998. (Grifou-se)

Humanos, que não são passíveis de serem ignoradas pelo Estado, existindo, inclusive, responsabilização pessoal das pessoas que violarem essas normas dependendo do caso pelo Tribunal Penal Internacional.

Neste diapasão, é notável que na Teoria Dualista há um problema com o conceito de soberania, pois, se o Estado se autolimita pelo Direito, e o mesmo Estado faz parte de dois regimes distintos, mas que na realidade tem implicações um no outro, como já mencionado nas responsabilizações internacionais por desrespeito de tratados internacionais, já que não pode haver nada superior ao Estado, essas responsabilizações seriam ilógicas.

Enquanto na Teoria Monista esse problema estaria resolvido, uma vez que, sendo uma ordem apenas, e o Estado se autodeterminando e autolimitando, com base sempre no Direito, ele não poderia descumprir normas internacionais, por serem normas que ele mesmo, por sua própria vontade, decidiu adotar.

4. EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E SUA INFLUÊNCIA NO CONCEITO DE SOBERANIA

Portanto, superando-se o problema de dicotomia entre o Direito Interno e Direito Internacional, vislumbrando ambos como decorrentes da vontade soberana do Estado que se autolimita, passa a ser explicada a noção de soberania que mais representa a realidade. Nota-se que essa conceitualização de soberania somente pôde ser desenvolvida a partir das teorias das relações entre direitos Interno e Internacional, pois, visualizando a soberania como fundamentada no direito, e as normas internacionais e internas como parte de uma mesma vontade soberana de se autolimitar, pode explicar a soberania com base nos Direitos Humanos.

Conforme explicado a noção de soberania de um líder poderoso que pode tudo e dizer tudo não mais representava a realidade dos Estados. Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, diante das atrocidades cometidas, o cenário internacional modificou-se significativamente. Então, os Estados, previamente completamente soberanos, reduzem mais uma vez sua soberania, vinculando-se a documentos jurídicos em âmbito supranacional.

Diante da necessidade de controle externo sobre o interno pelos blocos econômicos, como OCDE, os Estados passam a existir com um novo significado de fronteiras. Por essa nova constatação, surge também necessidade de órgãos supranacionais, os quais impõem obrigações e sanções aos Estados que os adotam. Um exemplo disso é a Organização Mundial do Comércio (OMC), a qual tem função de julgar e, se preciso, condenar os Estados por violar os tratados e normas internacionais que a tocam.

Não obstante a necessidade de readequação da soberania, não significa a exclusão dela por completo, tanto que na Carta da ONU, no artigo 2º, alínea 1 consta como princípio a igualdade soberana de todos os membros, e no artigo 2º, alínea 7 é disposto que nenhum

dispositivo da carta poderá autorizar a intervenção em assuntos que sejam essencialmente da jurisdição interna. Contudo, para uma efetiva aplicação de Direitos Humanos é necessária uma remodelação da soberania, enfraquecendo as barreiras geográficas (BECK, 2010).

Em resposta à Segunda Guerra Mundial, surgem documentos supraestatais como a Carta da ONU (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), as quais comprometem os Estados com certas obrigações. Esses documentos, embora a Declaração não seja vinculante, representam a criação de um efetivo sistema de proteção dos seres humanos. Como PIOVESAN (2006, p. 108) define:

Os Direitos Humanos são frutos de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório.

Logo, essa proteção apenas existiu em razão da luta contra o nazismo e fascismo, bem como outros absurdos que violam a dignidade da pessoa humana. Assim, a fim de combater esses eventos e evitar futuros, surge a proteção aos direitos humanos, não apenas na teoria, mas na prática. O marco de início dessa proteção é a criação das Nações Unidas, a qual se preocupa com paz e segurança internacional e desenvolvimento social, econômico e cultural (PIOVESAN, 2006). Para ser mais efetivo esse sistema, inicia-se também uma expansão das organizações internacionais para obter uma cooperação, aumentando-se a proteção ao ser humano. A partir dessa proteção dos Direitos Humanos, os Estados sofrem ainda mais limitações à liberdade e à autonomia.

5. CONCEITO ATUAL DE SOBERANIA

Devido a todas essas alterações - mudança de concepção de soberania externa, que não poderia sofrer regulamentações de órgãos internacionais, para vislumbrar o Direito Internacional também como Direito Interno, significando que não sofre regulamentação do órgão internacional, mas sim se autolimita pelo Direito; evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que implica na autolimitação do Estado soberano por sua livre vontade; e o crescimento do movimento de globalização, que redefiniu todas interações entre os Estados - a soberania teve que ser reconceituada. Assim, conceitua-se hoje a soberania:

“soberania dos Estados, como sujeitos de direito internacional, é a autoridade jurídica dos Estados, sob autoridade do direito internacional. Se soberania significa autoridade ‘suprema’, a soberania dos Estados como sujeitos de direito internacional não pode significar autoridade suprema absoluta, mas tão somente uma autoridade suprema relativa; a autoridade jurídica do Estado é ‘suprema’ na medida em que ele não está sujeito à autoridade jurídica de nenhum outro Estado. O Estado é ‘soberano’ porque está sujeito apenas ao direito internacional, não ao direito interno de Estado nenhum. A soberania do Estado segundo o direito internacional é a independência jurídica do Estado em relação aos outros Estados. Esse é o significado habitual atribuído à palavra ‘soberania’ pelos autores de direito internacional.”

A soberania tradicional de um poder ilimitado presente nas mãos de um soberano transforma-se com o movimento da sociedade internacional de limitar a atuação dos Estados, tentando impedir violações de Direitos Humanos, e os Estados passam a se autodeterminar, com o aprimoramento dos blocos econômicos. Isso implica também em uma transnacionalização das regulamentações, que ocorre quando influências internacionais passam a determinar alterações no direito interno de um país soberano.

6. SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Apoiado nessas ideias, será desenvolvida uma explicação de uma possível contradição que ocorre no Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos do conceito de soberania. Para isso, primeiramente, teceremos uma breve explicação sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

Foi exposto o histórico dos Direitos Humanos, principalmente no que tange ao sistema global. Porém, ao lado do sistema global, surgiu sistemas regionais de proteção, especialmente na Europa, América e África. Esses sistemas são vantajosos, pois, por envolver-se um número menor de Estados, as negociações para novos textos legais, desenvolvimento de medidas protetivas e de promoção e o monitoramento ficam mais fáceis, comparando-se com sistema global. Em relação ao sistema regional, PIOVESAN (2006, p. 222) afirma:

consolida-se, assim, a convivência do sistema global - integrado pelos instrumentos das nações Unidas, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e as demais convenções internacionais - com instrumentos do sistema regional de proteção, integrado por sua vez pelo sistema interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Aprofundando-se no Sistema Interamericano, tem-se que foi criado a partir da Organização dos Estados Americanos que atuam especificamente na defesa e promoção de Direitos Humanos. A sua formação teve início com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem na Nona Conferência Internacional Americana realizada em 1948, tendo sido adotada também a Carta da OEA, documento constitutivo da organização. Alguns anos depois, em 1959, a Organização dos Estados Americanos criou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos para promoção, proteção e observação dos Direitos Humanos nos Estados Membros. Após, em 1969 foi adotado o principal instrumento do SIDH - a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 ou Pacto de São José da Costa Rica - , a qual estabeleceu o Sistema Interamericano, prevendo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Cumprе esclarecer que para se aderir ao SIDH, deve obrigatoriamente ser um Estado membro da OEA, tendo em vista que é um sistema criado dentro da Organização.

Não obstante sua relevância ao sistema, a Convenção Americana não prevê os direitos protegidos, apenas referindo à obrigação dos Estados em alcançar progressivamente a plena realização desses direitos (PIOVESAN, 2006).

A fim de ser um meio de monitoramento e implementação de direitos, a SIDH é subdividido em Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Primeiramente, tecer-se-á alguns comentários sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão foi originada em dois meios: pela OEA em 1959 e pela Convenção Americana em 1969. Por estar também vinculada a OEA, ela alcança todos seus Estados-membros. A missão da CIDH é de promoção da observância e proteção dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2006). Para alcançar isso, ela possui diversas funções previstos no artigo 41 da Convenção, conforme se vê:

A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

- a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
- c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d. solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e. atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;
- f. atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e
- g. apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Em síntese, suas principais funções são: fazer recomendações aos Estados, preparar estudos e relatórios das situações de Direitos Humanos, solicitar medidas aos governos para que a Convenção seja aplicada, submeter relatório anual à Assembleia Geral da OEA. Quanto aos relatórios, importante destacar que eles se subdividem em os informes anuais para a assembleia geral da OEA, que atualizam a situação de Direitos Humanos nos países, contendo opiniões sobre áreas que sejam necessárias redobrar esforços, e o informe sobre a situação de direitos em um determinado Estado membro ante uma situação que afete gravemente os Direitos Humanos.

Uma das funções mais importantes da Comissão, entretanto, é o exame de comunicações encaminhada por indivíduos ou grupos de indivíduos relatando violações de Direitos Humanos nos Estados membros, sendo que qualquer Estado que aceite a Convenção aceita automaticamente a competência da CIDH. Esse sistema de monitoramento é um dos mais eficazes, sendo que as pessoas podem relatar os ocorridos e a CIDH realizará conclusões e recomendações sobre a situação. Contudo, para ser analisado pela CIDH, as comunicações devem seguir vários requisitos de admissibilidade.

Primeiramente, será analisado os requisitos de admissibilidade, que são: prévio esgotamento de recursos internos (salvo quando inexistir devido processo legal no país, não tiver sido permitido o acesso à justiça ou houver demora injustificada na decisão), seja apresentada dentro do prazo de seis meses da data da notificação da decisão definitiva, ausência de litispendência, petição contenha nome, nacionalidade, profissão, domicílio e assinatura da pessoa ou pessoas ou representante legal da entidade que submeter a petição, expuser fatos que caracterizem violação de direitos garantidos pela Convenção.

Se for reconhecida a admissibilidade, a CIDH solicitará informação ao governo denunciado. Transcorrendo-se o prazo que as tenha recebido, ou efetivamente recebida as informações, a CIDH verificará se existem os motivos da comunicação. Em caso de inexistência, será mandado arquivar a comunicação, mas, existindo-os, a CIDH realizará um exame acurado do assunto e, se necessário, realizará investigação *in loco* dos fatos. Superada essa fase, a CIDH se empenhará em buscar soluções amistosas entre as partes. Se forem alcançadas essas soluções, a CIDH elaborará um informe que será transmitido ao peticionário, aos Estados partes da Convenção e, posteriormente, à Secretaria da OEA para publicação, contendo uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada (PIOVESAN, 2006).

Na hipótese de não ser alcançada essa solução, a Comissão redigirá um relatório, com os fatos, conclusões ao Estado Parte, que será encaminhada ao Estado para em três meses solucionar a questão. Nesse período, o caso poderá ser solucionado pelas partes consensualmente ou encaminhada à Corte. Se não ocorrer nenhuma dessas opções, a Comissão emitirá suas próprias opiniões, conclusões e recomendações contendo um prazo para aplicá-las. Transcorrido esse prazo, decidirá se o Estado cumpriu ou não as recomendação e se publicará-lo no relatório anual de suas atividades, apresentado na assembleia geral da OEA.

O outro âmbito de atuação do IDH é a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte IDH possui competência consultiva, relativo à interpretação de disposições de Convenções ou Tratados concernentes à proteção de Direitos Humanos, e contencioso, referente à solução de casos concretos de violações cometidas por Estados partes. Na função contenciosa, diferentemente do que ocorre na análise de comunicações pela Comissão, apenas os Estados parte e a Comissão podem encaminhar os casos

para ela, e os Estados devem aceitar expressamente a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja para todos os casos ou para aquele caso em específico.

A Corte IDH analisa casos de violações, podendo condenar os Estados partes a medidas necessárias à restauração do direito violado e a uma justa compensação à vítima, que valerá como título executivo a ser executado na jurisdição interna (PIOVESAN, 2018).

No tocante ao procedimento legal dos processos no âmbito da Corte IDH, esse é especificado no Regulamento da Corte Interamericana. Para se alcançar a sentença, a corte, deverá ser obedecidos aos passos legais, sucintamente. Primeiramente, após a submissão do caso por um Estado membro ou pela CIDH, realizar-se-á o exame preliminar dos requisitos fundamentais, os quais, caso não estejam cumpridos integralmente, deverão ser sanados em vinte dias. Em seguida, o Secretário notificará a apresentação do caso à Presidência e aos Juízes, ao Estado demandado, à Comissão e à suposta vítima e seus representantes, caso ela não possua, a Corte poderá designar um defensor interamericano de ofício que a represente. Seguidamente, o Secretário informará aos demais Estados partes do caso e solicitará ao Estado demandado que designe seus agentes. Após essa fase, a vítima apresentará à Corte petição com seus argumentos e provas, que será posteriormente contestada pelo Estado. Então, segue-se com a fase oral, em que são ouvidas as testemunhas e peritos. Por fim, serão apresentadas pela vítima e Estado demandado as alegações finais escritas, sendo facultado à Comissão apresentar observações finais. Em princípio, serão utilizadas as provas produzidas ante a Comissão, mas excepcionalmente, após a audiência, serão apresentadas novas provas. Ao final, a Corte emitirá uma sentença. As sentenças da Corte são finais, ou seja irrecorríveis, e obrigatórias, servindo como título executivo. Contra o Brasil já foram analisados na Corte Interamericana nove casos, havendo ainda mais um para ser julgado. Prossegue-se com o estudo para a exploração quanto a obrigatoriedade dessas sentenças

7. OBRIGATORIEDADE DAS SENTENÇAS

Diante da explicação do sistema de responsabilização interamericano, surge-se a questão sobre a obrigatoriedade das condenações. Porém antes de abordar se as sentenças são ou não obrigatórias, cabe tecer alguns comentários da importância dessa questão.

Dentre os casos com denúncia de violações recebidos pela Comissão e Corte Interamericana, os mais comuns são: detenção arbitrária, tortura e assassinato durante o regime militar, violações dos direitos dos povos indígenas, violência rural, violência por agentes estatais, violação dos direitos das crianças e adolescentes, violação dos direitos das mulheres, discriminação racial, violência contra defensores de direitos humanos, violação aos grupos vulneráveis e violação aos direitos sociais (PIOVESAN, 2018). Todos esses temas implicam em legislações e políticas públicas, o que, além de demonstrar

a fragilidade da proteção interna aos grupos vulneráveis, traduzem-se em possíveis obrigações de mudanças de legislação e políticas, o que, dependendo do sistema adotado da relação entre o Direito Interno e Direito Internacional, esbarra na soberania estatal.

Então, quanto à obrigatoriedade, a Convenção Americana expressa no artigo 68:

1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.
2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

Pelo texto legal, extrai-se que é obrigação dos Estados membros do SIDH cumprirem a decisão da Corte. Não obstante, o sistema de monitoramento dessa cumprimento escasso, consistindo nos relatórios estatais e observações das vítimas, e os sistemas internos legais dos países membros igualmente não se debruçarem muito sobre como cumprir as sentenças, elas devem ser cumpridas, e, caso não sejam, implicará em mais uma responsabilização do Estado. Ainda, MAZZUOLI (2019) destaca que a ausência de regulamentação interna sobre a execução dos títulos judiciais proferidos nos órgãos internacionais não tira a responsabilidade do Estado se não forem cumpridos.

8. CONDENAÇÕES EXTRAPATRIMONIAIS

A importância, então, das sentenças dizem muito a respeito à possibilidade disso interferir com a soberania estatal, o que somente é possível devido a espécie de condenação específica de condenações extrapatrimoniais, as quais implicam em mudanças legislativas e modificação das políticas públicas

Isso, no entanto, nem sempre foi uma possibilidade, tendo vindo a ser apenas com a mudança de interpretação do artigo 63 da Convenção Americana, inserido no capítulo VIII - Corte Interamericana de Direitos Humanos, o qual dispõe:

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

Inicialmente apenas era traduzido esse artigo em indenizações pecuniárias. Mas, houve com o passar do tempo uma mutação no conceito de “indenização justa”, para além das reparações pecuniárias. Quanto a isso, LEGALE (2019, p. 484) esclarece:

Houve uma “mutação convencional”, ou seja, um processo informal de atualização do sentido de ‘justa indenização’ que passa de uma exigência eminentemente compensatória ou pecuniária para uma indenização que busca restituir ao status quo ante, compensando não só financiamento pelo mais causado, mas reparando na íntegra (*restitutio integrum*).

Por isso, é que se passou a incluir nas idenizações também as obrigações de fazer por parte do Estado, sob o fundamento de realizar um efetivo acesso à justiça como efetivação de direitos para além do acesso formal às instâncias judiciais.

Essa alteração fez com que hoje as condenações da Corte IDH imponham muitas vezes obrigações de fazer. Isso pode ser averiguado nos seguintes casos envolvendo o Brasil: *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*, *Favela Nova Brasília c. Brasil*, *Povo Indígena Xucuru e seus membros c. Brasil* e *Herzog e Outros c. Brasil*, conforme será demonstrado.

O primeiro caso exposto é o caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde c. Brasil*²⁰²². Esse caso emblemático versa sobre omissão governamental frente a uma fazenda que possuía trabalho escravo. A Fazenda Brasil Verde, localizada no Pará, Brasil, criava cabeças de gados. Em 1988, a Comissão Pastoral da Terra e a Diocese de Conceição de Araguaia, bem como José Teodoro Silva e Miguel Ferreira da Cruz apresentaram uma denúncia à Polícia Federal pela prática de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde e desaparecimento de dois jovens - Iron Canuto da Silva, 17 anos, e Luís Ferreira da Cruz, 16 anos. Esses dois meninos foram levados para trabalhar por período de 60 dias na fazenda, mas quando tentaram a abandonar, foram forçados a regressar, ameaçados e, posteriormente, desaparecidos. Ainda, nessa época, Adailton Martins dos Reis, que trabalhou na Fazenda Brasil Verde denunciou que foi garantido inicialmente várias coisas, mas lá foi jogado na lama, roçando juquira, morando num barraco, e, quando a esposa e filhos ficaram doentes, teve que comprar remédio, teve que comprar remédios, que lhe cobraram Cz\$ 3.000,00, sendo que ao sair da fazenda ficou devendo Cz\$ 21.500, o que o fez vender vários utensílios. Ademais, a Comissão pastoral havia enviado carta ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana em Brasília com as denúncias de trabalho escravo. Não obstante todas essas denúncias, nada foi feito para solucionar a questão.

Na sentença, o Brasil foi condenado pelos fatos em diversas medidas pecuniárias e extrapatrimoniais. Dentre as extrapatrimoniais, destaca-se as seguintes:

A decisão da Corte possui, obviamente, o efeito de declarar que a escravidão e suas formas análogas são imprescritíveis, independentemente de estas corresponderem a um ou mais tipos penais de acordo com o ordenamento interno brasileiro. Portanto, cabe a este Tribunal ordenar ao Estado que, dentro de um prazo razoável a partir da notificação da presente Sentença, adote as medidas legislativas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada à redução de pessoas à escravidão e a suas formas análogas, no sentido disposto nos parágrafos 269 a 314 da presente Sentença.

A Comissão solicitou que o Estado adote uma série de políticas públicas para prevenir e castigar o trabalho escravo. Entre estas destaca: i) a implementação contínua das políticas públicas e de medidas legislativas e de outra natureza para a erradicação do trabalho escravo; em especial, o Estado deve monitorar a aplicação e punição de pessoas responsáveis por trabalho escravo, em todos os níveis; ii) o fortalecimento do sistema jurídico e a

2022 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2017. Serie C No. 337.

criação de mecanismos de coordenação entre a jurisdição penal e a jurisdição trabalhista para superar os vazios gerados na investigação, processamento e punição das pessoas responsáveis pelos delitos de servidão e trabalho forçado (...)²⁰²³

O segundo caso a ser analisado é *Favela Nova Brasília c. Brasil*²⁰²⁴, no qual trata de operação policial que matou 13 residentes da Favela nova Brasília, sendo três crianças, e na qual houve abuso sexual de três jovens, das quais duas eram adolescentes. No caso, durante duas incursões policiais na referida favela, em outubro de 1994 e maio de 1995, houve abuso policial. No fato de 1994, foi realizada uma incursão policial da favela por um grupo de policiais civis e militares do Rio de Janeiro, entre 40 a 80 policiais. Nessa incursão, os policiais invadiram pelo menos cinco casas e começaram a disparar contra os moradores, assassinando vários ou detinham os ocupantes da residência para levar as pessoas para a praça, e, posteriormente, assassiná-la. Ainda, em duas das casas invadidas, os policiais cometeram violência sexual contra três jovens. Já na excursão de 1995, um grupo de 13 policiais civis entrou na favela com o apoio de dois helicópteros, objetivando, supostamente, deter um carregamento de armas que seria entregue a traficantes de drogas. Nessa operação, houve um tiroteio entre policiais e os supostos traficantes, causando a morte de 13 homens da comunidade.

Resultante desses fatos, a Corte Interamericana condenou o Brasil por violação do direito à integridade e desrespeito às garantias judiciais, inclusive em medidas extra-patrimoniais, como:

(...) v) oferecer gratuitamente, por meio de suas instituições de saúde especializadas, e de forma imediata, adequada e efetiva, o tratamento psicológico e psiquiátrico de que as vítimas necessitem, após consentimento fundamentado e pelo tempo que seja necessário, inclusive o fornecimento gratuito de medicamentos; ix) estabelecer os mecanismos normativos necessários para que, na hipótese de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, em que *prima facie* policiais apareçam como possíveis acusados, desde a notitia criminis se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertença o possível acusado, ou acusados; x) adotar as medidas necessárias para que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial; xi) implementar, em prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre atendimento a mulheres vítimas de estupro, destinado a todos os níveis hierárquicos das Polícias Civil e Militar do Rio de Janeiro e a funcionários de atendimento de saúde; xii) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para permitir às vítimas de delitos ou a seus familiares participar de maneira formal e efetiva da investigação de delitos conduzida pela polícia ou pelo Ministério Público (...)

2023 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Trabajadores de la Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentencia de 22 de agosto de 2017. Serie C No. 337.

2024 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Favela Nova Brasília c. Brasil*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 345.

O terceiro casos exemplificativo de condenações extrapatrimoniais é *Povo Indígena Xucuru e seus Membros c. Brasil*²⁰²⁵. Nesse caso foi discutido a demarcação de terras dos povos indígenas. Consubstanciado na Constituição Federal, que concedeu hierarquia constitucional aos direitos dos povos indígenas sobre suas terras e estabeleceu que as áreas indígenas são propriedade da União, que concede posse para os indígenas, o povo indígena Xucuru iniciou o processo demarcatório em 1989, o qual foi marcado por demasiados empecilhos. Tendo sido concedida a posse permanente da terra pelo Ministro da Justiça, em 1996 sobreveio o Decreto n. 1775/96 estabeleceu o direito de terceiros interessados no território impugnar o processo de demarcação e interpor ações judiciais para solicitar indenizações. Contra o processo do Xucuru houve aproximadamente 270 objeções, as quais foram declaradas improcedentes. Ainda, em 1992, duas pessoas não indígenas apresentaram ação de reintegração de posse, o que acabou lhes sendo favorável, em detrimento do povo Xucuru. Apesar dos recursos da FUNAI e da União, o processo transitou em julgado. Ainda, em 2001, foi solicitado pela FUNAI o registro do território junto ao Registro de Imóveis da municipalidade, mas o Oficial de Registro de Imóveis interpôs uma ação de suscitação de dúvidas, questionando aspectos formais da solicitação, o que postergou a execução da titulação do território até 2005. Para mais, em 2002 foi interposta ação ordinária solicitando a anulação do processo administrativo de demarcação de alguns imóveis localizados no território da terra indígena Xucuru. Esse processo resultou em condenação da FUNAI para indenizar em mais de um milhão de reais os demandantes. Outro obstáculo para a demarcação foi que o processo de cadastro dos ocupantes não indígenas resultou em 624 áreas cadastradas, tendo seus ocupantes indenizados por benfeitorias. Assim, das 101 terras restantes, apenas 19 pertenciam aos indígenas. Também sofreram o povo Xucuru de hostilização das pessoas não indígenas que ocupavam suas terras.

Ante esse cenário, a Corte Interamericana condenou o Brasil para diversas medidas, dentre as quais se destaca:

(...) garantir, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre seu território, de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes do Estado que possam depreciação a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território; ii) concluir o processo de desintrusão do território indígena Xucuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, de modo a garantir o domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses (...)²⁰²⁶

2025 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Povo Indígenas Xucuru e seus membros c. Brasil*. Exceções, méritos, reparações e custos preliminares. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C No. 346.

2026 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Povo Indígenas Xucuru e seus membros c. Brasil*. Exceções, méritos, reparações e custos preliminares. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C No. 346.

Por fim, o último caso a ser observado como um exemplo de condenação em medida extrapatrimonial é *Herzog e outro c. Brasil*²⁰²⁷. Esse caso trata de assassinato e tortura vivenciado por Vladimir Herzog, durante a ditadura militar. Em 1975, Herzog, que era jornalista, foi detido arbitrariamente, privado de sua liberdade, interrogado e assassinado por membros do DOI/CODI, um dos centros de repressão policial mais violentos da época da ditadura, que o mantinham preso. Contudo, a versão oficial que foi divulgada na época era que Vladimir havia se suicidado. Após o fato, os familiares de Vladimir apresentaram uma Ação Declaratória à Justiça Federal para declarar responsabilidade da União pelos ocorridos, tendo saídos vencedores. Em 1979, no entanto, foi sancionada a Lei de Anistia, perdendo todos os crimes políticos ocorridos na época do regime militar, sendo afirmada sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em 2010. Alguns anos após da Lei da Anistia, foi promulgada a Lei nº. 9.140/95 reconhecendo responsabilidade da União pelo assassinato de opositores políticos entre 1961 e 1979. Nesse mesmo sentido, em 2011 foi criada a Comissão Nacional de Verdades para esclarecer violações de Direitos Humanos durante o regime, tendo redigido um relatório com o conteúdo de que não há dúvidas que Vladimir foi detido ilegalmente, torturado e assassinado.

Diante disso tudo, a Corte Interamericana condenou o Estado brasileiro para, dentre outras medidas:

(...) reiniciar, com a devida diligência, a investigação e o processo penal cabíveis pelos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975, para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis pela tortura e morte de Vladimir Herzog, em atenção ao caráter de crime contra a humanidade desses fatos e às respectivas consequências jurídicas para o Direito Internacional; (ii) adotar as medidas mais idôneas, conforme suas instituições, para que se reconheça, sem exceção, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e internacionais; (iii) realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional pelos fatos do presente caso, em desagravo à memória de Vladimir Herzog (...)

Por conseguinte, nota-se que comumente são estipuladas condenações em obrigações de fazer no âmbito da Corte, as quais, como já visto, devem ser obrigatoriamente cumpridas, vez que constituem título executivo.

9. POSIÇÃO DO BRASIL SOBRE SOBERANIA

Partindo-se da concepção das condenações extrapatrimoniais obrigatórias, entende-se pertinente o exame da posição de soberania adotada pelo Brasil. A importância desse exame se dá, porque, como o Brasil adota, por decisão do STF, a teoria Dualista das Relações Internacionais, distinguindo os sistemas, a obrigatoriedade de decisões proferidas no âmbito do Direito Internacional que imponham ao Estado soberano uma mudança de legislação ou adoção de política pública, implicaria em uma noção de

2027 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Herzog e outros c. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353.

soberania quase inexistente, pois o Estado não teria nem o poder de autolimitação, conforme defendida por JELLINEK (SQUEFF, 2016).

Dessa forma, pode-se extrair o conceito de soberania por alguns julgados do Supremo Tribunal Federal. Na ADIN nº 1480, que discutia a proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, o STF decidiu que, apesar do Brasil ser signatário da OIT, os artigos que tratam da reintegração forçada de trabalhador demitido e da estabilidade de maneira generalizada previstos na Convenção 158 não são aplicáveis, expressando que os tratados não estão hierarquicamente acima da Constituição, devendo essa sempre prevalecer, conforme se vê:

fixou-se a interpretação de que nenhum tratado ou convenção internacional assinado pelo Brasil está acima da Constituição da República - ou seja, situam-se no mesmo plano hierárquico das leis ordinárias

Outro julgamento relevante à questão é o Recurso Extraordinário nº 80.004 de 1997, no qual se discutia o conflito da lei interna com a lei internacional, em razão de notas promissórias. Nesse, o STF adotou o entendimento que uma lei posterior revoga tratado anterior. Apesar de na época não ter sido ainda ratificado pelo Brasil a Convenção de Viena Sobre Direito dos tratados de 69, esse entendimento a violou expressamente, mormente pelo fato de que ainda é utilizado hoje, sendo que a referida convenção passou a valer no direito interno em 2009.

10. ADPF Nº 153

Outro caso julgado pelo STF que demonstra a concepção de Soberania Estatal, incompatível com o cenário altamente globalizado em que se vive hoje, é a ADPF nº 153. No caso, foi analisada a constitucionalidade da Lei de Anistia. A ação foi proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, para que fosse declarada que a anistia concedida aos agentes de repressão não se estendesse aos crimes comuns, apenas permanecesse aos políticos. Em 29 de abril de 2010, o STF julgou improcedente a ação, ao considerar constitucional a interpretação de que a Lei levou a um perdão geral aos agentes, mas a OAB recorreu.

No entanto, enquanto o processo seguia seu curso, foi julgado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos o caso *Gomes Lund e outros c. Brasil*²⁰²⁸, na qual se discutia o desaparecimento de pessoas no contexto da Guerrilha do Araguaia. Além da discussão das vítimas em si do caso, a Comissão pretendeu com a análise pela a Corte que gerasse uma discussão sobre as leis de anistias com relação aos desaparecimentos forçados e execuções extrajudiciais, o que, devido à lei existente, impedia a sociedade de efetivamente conhecer a verdade.

2028 Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") c. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de novembro de 2010, Série C No. 219.

Ainda, no caso *Herzog e outros c. Brasil*, conforme detalhado previamente, a Corte condenou o Brasil pelo desaparecimento forçado e violação dos direitos da personalidade jurídica, vida, integridade pessoal e liberdade pessoal, bem como condenou a diversas medidas patrimoniais e extrapatrimoniais.

Assim, a partir dessa condenação, a OAB se insurgiu ainda mais com a Lei de Anistia, requerendo, ainda na pendência do julgamento dos embargos, que o STF se manifestasse expressamente sobre a executoriedade da sentença interamericana. Entretanto, a decisão resta em aberto até o presente dia, demonstrando que ainda não vê a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno como integrantes de um só direito.

11. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, infere-se duas possibilidades de conclusões: 1) por o Estado brasileiro, ao adotar uma visão de soberania autolimitadoras, e adotar a Teoria Dualista, o sistema de condenação extrapatrimonial da Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma afronta à soberania nacional; ou 2) o Estado brasileiro adota erroneamente ou o conceito de soberania, pois deveria compreendê-la apenas como poder de sanção interno, mas não de se autodeterminar, ou a Teoria Dualista utilizada não reflete a realidade da situação, devendo passar a ser visto o Direito Interno e Direito Internacional como uno.

Não há como coexistir todas essas noções - soberania autolimitadora, Teoria Dualista e condenações extrapatrimoniais obrigatórias. Elas são ideias antagônicas por natureza, devendo ser aprimorado o ordenamento jurídico brasileiro para apenas adotar uma linha. Ora, foi demonstrado que as condenações extrapatrimoniais são aplicadas, independentemente de se o Brasil adota ou não a Teoria Monista, que enxergaria isso como tudo bem, pois a vontade soberana por meio do Direito (que é igualmente interno e externo) escolheu se autolimitar, e que as sentenças são obrigatórias para todos os países membros.

Ademais, foi exposto pelos julgamentos do Superior Tribunal Federal que o Brasil não adota a Teoria Monista, mas adota o conceito de soberania autolimitadora.

Assim, sintetiza-se: a soberania foi aprimorada, especialmente pelo desenvolvido dos Direitos Humanos, para significar um poder de autolimitação não mais tão suprema, pois se autolimita, desde que conforme o direito, o qual escolhe adotar; a Teoria Monista entende o Direito Interno e o Direito Internacional como uma coisa só, sendo que elas não colidem, pois a vontade soberana que se autolimitou por um deles é a mesma que a que escolheu se autolimitar pelo outro; a Teoria Dualista compreende que os dois ramos de direito são distintos e não se tocam, não violando o conceito de soberania o Direito Internacional, já que ele não respalda no Direito Interno; Obrigações extrapatrimoniais são obrigações impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, para a qual o Brasil reconheceu a competência.

Então, quando há ocorrência dos conflitos, o que deve passar a ocorrer de forma ainda mais frequente, o Supremo Tribunal Federal não pode apenas adiar a resolução questão, como vem sendo feito no ADPF nº 153, pois em determinado momento isso implicará em uma nova condenação do Brasil perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Rodrigo Manso de. *O Papel dos Tratados no Direito Internacional Enquanto Limitador da Soberania Estatal*. Guarapuava: 2010, Anais do XIX EAIC

Barbosa, Luiza Nogueira; Moschen, Valesza Raizer Borges. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional?. *Revista de Direito Internacional*. 2016. p.148-158

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010, p. 16.

BECK, Ulrich, *The Cosmopolitan State*. 2000. p. 146

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 2016. Malheiros. Vol 23º. São Paulo. p. 1-480.

CAMPELLO, Livia Gigher Bosio; LOPES, João Felipe Menezes. A Soberania Externa Enquanto Fenômeno Mutável e seus Reflexos na Teoria Jurídica. *Revista Argumentum*, Marília/SP, v. 18, n. 1, Jan-abril/2017. p. 109-123

DALLARI, Dalmo. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2016. Saraiva. São Paulo. vol 33º, p. 1-300.

FERRAZ JUNIOR, *Teoria Geral do Direito*. Manole. 2015.

GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Saraiva, 12ª ed., 2019, p.90-93.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4ª edição. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

KELSEN, Hans. As relações sistemáticas entre o direito interno e o direito internacional público. *Revista de Direito Internacional* p. 54

ODIZIO, Flavio Augusto. A NECESSIDADE DA REDEFINIÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA ESTATAL. 2006. 12 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, IESB, Brasília

OLIVEIRA, Camila Martins de. A Necessidade de Criação de Organismos Internacionais de Resolução de Conflito em Matéria Ambiental Diante da Reconstrução da Soberania Estatal. *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 7, n. 12, jan/junho 2012, p. 211-224

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: GEN, 1ª ed., 2019, p. 356

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 7ª ed, 2006, p. 108-240

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva Jur, 11ª ed., 2018. p.109-139

SANTOS, Wagner Martins dos. Soberania: um conceito em busca de definição. *Rev. Conj. Austral*, Porto Alegre, v. 7, n 33, p. 33-43, dez./2015.

SILVA, Maria Clara Marussi. *Maringá: Anais X EPCC*: Encontro Internacional de Produção Científica, 24 a 26 de outubro de 2017

SOUZA, Nevitton Vieira Souza . Jurisdição internacional e as dificuldades de execução de sentenças internacionais no Brasil. *Revista de Direito Internacional*. p. 9.

SQUEFF, Tatiana A. F. R. Cardoso. As Relações entre o Direito Internacional e o Estado Soberano na visão de

Georg Jellinek. *Campo Jurídico*, vol. 4, n. 2, 2016, p. 136-151.

TORRES, Igor G. Comércio internacional no século XXI. São Paulo: Aduaneiras,

VAL, Eduardo Manuel; VASCONCELOS, Raphael; GUERRA, Sidney; LEGALE, Siddharta (org.). *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Instituto Memória, 1ª ed., 2019. p. 484-486

INDICE IDEOGRÁFICO

Ação afirmativa	Claúsula de limitação de direito (<i>claw-back clause</i>)	Desinformação, notícias falsas (<i>fake news</i>)
Acesso à justiça	Colaboração premiada	Deslocamento forçado interno
Acidente profissional	Colonialismo, colonização, colonial	Despedimento, despedido
Acidente ambiental (ou ecológico)	Comunicação social	Detenção
<i>Actio popularis</i>	Condenação extrapatrimonial	Dever(es) (das pessoas)
Advogado	Condições de trabalho	Difamação
Agressão externa	Confisco	Dignidade humana (ou dignidade inerente à pessoa humana)
Agressão interna	Constituição	Direito à água
Água	Constitucionalismo	Direito à alimentação
Albinismo, albino	Constitucionalismo multinível	Direito à autodeterminação
Alfabetização	Controle de convencionalidade	Direito à existência
Alimento(s) geneticamente modificados(s)	Cooperação internacional	Direito à habitação
Alteração(ões) climática(s)	Costume(s) (costumeiro, consuetudinário)	Direito à integridade física
Ambiente	Corrupção	Direito á não autoincriminação
Anencefalia fetal	Criança	Direito à livre disposição das riquezas e dos recursos naturais
Anistia	Criança(s) de rua (<i>street children</i>)	Direito a um meio ambiente satisfatório
Antiretrovial(ais)	Criança(s) grávida(s)	Direito à paz
Apátrida, apátrida	Criança(s) ilegítima(s) (nascidas fora do casamento)	Direito à saúde (a cuidados médicos)
Apoio judiciário	Crime(s) de guerra	Direito à segurança
Aposentado	Crime(s) contra a humanidade	Direito à vida
Arbitragem	Crime organizado	Direito ao desenvolvimento
Asilo	<i>Cross-fertilization</i>	Direito comparado
Assassinato	Cultura	Direito(s) das crianças
Assistência humanitária	Dano(s) ambiental(ais)	Direito(s) das mulheres
Ativismo judicial	Defensor(es)	Direito de acesso aos órgãos nacionais competentes
Autodeterminação (auto-determinação)	Democracia, democrático	Direito de resistência (de resistir)
Banco Mundial	Derrogação	Direito(s) implícito(s)
Bem(bens) público(s)	Deslocamento de competência	Direito internacional do mar
Casamento	Desaparecimento forçado	Direito internacional geral
Censura prévia	Despejo forçado	Direito internacional humanitário
Cidadania	Descentralização	Direito internacional penal
Cidadania cosmopolita, ou transnacional	Descolonização	Direito de circulação

Direito de nacionalidade	Empreendedorismo	Gravidez
Direito de participação política e de acesso às funções públicas	Epidemia, epidémica, pandemia, pandémica	Greve
Direito de residência	Espoliação	Guerra
Direito de uso de bens e serviços públicos	Escravidão, escravatura, escravo	Habeas corpus
Direito de voto	Esgotamento dos recursos internos	Habitação social
Direito(s) dos povos	Espoliação, espoliado	Hammurabi, código de
Direito(s) fundamental(ais)	Estado de Direito	Herança comum da humanidade
Direito internacional do mar	Esterilização forçada	HIV/SIDA
Direito internacional dos direitos humanos (ou do homem)	Estigmatização	
Direito internacional penal	Estupro	Idoso(s)
Direito internacional público	Etnia, étnico	Igualdade (das pessoas)
Direitos económicos, sociais e culturais, exigibilidade judicial	Etnocentrismo, etnocêntrico(a)	Igualdade (dos povos)
Direito(s) laboral(ais)	Experimentação científica (ou médica)	Igualdade de género
Direito tributário	Expropriação	Igualdade perante a lei
Discriminação dos idosos	Exploração económica	Imperialismo, imperial
Discriminação dos jovens	Exploração estrangeira	Imprensa
Discriminação das mulheres	Extradição	<i>In dubio pro libertatis</i>
Discriminação das pessoas portadoras de deficiência	Família	Independência
Discriminação económica	Família alargada	Independência judicial (ou dos juízes)
Discriminação étnica	Fecundação in vitro	Indígena (povo indígena, população indígena, comunidade indígena)
Discriminação interseccional	Federação	Indústria extractiva
Discriminação política	Feitiçaria, feiticeiro	Integridade territorial (<i>uti possidetis</i>)
Discriminação racial	Feminismo, feminista	Internet
Discriminação religiosa	Fiscalização da constitucionalidade	Interpretação holística
Discriminação positiva	Fome	Interpretação teleológica
Discurso de ódio	Fuga ilícita de capitais	
Doença(s)	Fundo Monetário Internacional	
Dominação	Fundo(s) marítimo(s)	Jihad, jihadista
	Garantia(s) judicial(ais)	Jornalismo, jornalista
Educação primária	Genocídio	Jovem(jovens)
Educação universitária	Genocídio cultural	Juiz, magistrado judicial, magistratura judicial
Eleição(ões)	Golpe de Estado	Juiz de garantias
Embargo económico	Governo	Justiça ambiental
Embrião	Governo de unidade nacional	Justiça de transição

Justiça internacional	Mutilação genital feminina	Polícia
Justiça militar		Políticas públicas
Justiça social	Nacionalidade, nacional	Poluição, poluído
Justiça transitória	Nacionalização	Povo(s)
	Negociação coletiva	Povo autóctone
Laicidade, laico	Negritude	Povo indígena
Legalidade (princípio da)	Neocolonialismo	Presunção da inocência
Legalidade criminal (ou penal)	<i>Ne bis in idem</i>	Prática(s) tradicional (tradicionais)
Legitimidade eleitoral	<i>Non-refoulement</i>	Prisão(ões)
Liberdade	Norma programática	Prisão domiciliar
Liberdade académica	Notícias fraudulentas	Prisão por dívida
Liberdade de associação		Privatização
Liberdade de consciência	Obrigação(ões) mínima(s)	Processo tributário
Liberdade de expressão	Obrigação(ões) negativas(s)	Procriação medicamente assistida
Liberdade de imprensa	Obrigação(ões) positiva(s)	Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI)
Liberdade de religião (ou religiosa)	Obrigação(ões) transversal(ais)	Proibição de retrocesso
Liberdade de reunião	Ocupação (de um território)	Propriedade colectiva
Língua materna (ou indígena)	ONG	Propriedade privada
	Opressão	Propriedade pública
Manicômio judiciário		Propriedade indígena
Margem de apreciação	Pacta sunt servanda	
Marginalização, marginalizado	País(es) em desenvolvimento	Raça, racial
Massacre	Pandemia (pandémica)	Racismo, racista
Maternidade	Parceria(s) público-privada(s)	Radiodifusão
Maxismo, maxista	Partido político	Ratificação (de um tratado)
Mediação	Passaporte	Rastafari
Medicamento(s) essencial(ais)	Pena, sanção penal	Recursos naturais
Mercenarismo, mercenário(s)	Pena de morte	Referendo
Migrante, migração	Persecução penal	Reforma (do trabalhador)
Mina, mineira (concessão mineira, exploração mineira)	Personalidade jurídica	Reforma agrária
Mina(s) antipessoal(ais)	Pessoa portadora de deficiência	Refugiado
Minoria(s)	Petróleo, petrolífero(a)	Registo civil
Ministério Público	Pilhagem	Relatório(s) periódico(s)
Mudança climática	Pirataria (pirata)	Reprodução assistida
Mulher (mulheres)	Pluralismo jurídico	Reserva (a um tratado)
Multiculturalismo, multicultural	Pluralismo político	Reserva do possível
Mutilação	Pluripartidarismo	Responsabilidade do Estado
	Pobreza, pobre	

Restrição(ões) (de um direito ou liberdade)	Tráfico de pessoas
Retirada (de um tratado)	Transexual, transexualidade
Retroatividade, retroativa	Tratamento degradante
Revisão constitucional	Tratamento humilhante
Revolução	Tribo, tribalismo, tribal
Riquezas naturais (recursos naturais)	Tributo, imposto, tributação
	Tuberculose
	Turismo reprodutivo
Saneamento	
Saúde mental	Unidade do Estado
Saúde pública	
Secessionismo, secessionista	Vida digna
Segregação racial	Violência de gênero
Segurança social	Violência sexual
Segurança alimentar	Violação
Serviço(s) público(s)	
Serviço social, serviços sociais	Xenofobia, xenófobo
Sexismo, sexista	
Sharia	
Sindicato	
Sionismo	
Sistema eleitoral	
Soberania	
Sociedade em rede	
Solidariedade	
Suspensão (de um direito ou liberdade)	
Teísmo, teísta	
Televisão, teledifusão	
Terrorismo, terrorista	
Tortura	
Totalitarismo, totalitário(a)	
Trabalhador(es)	
Tradição (tradições), tradicional	
Tráfico de armas	
Tráfico de droga (narcotráfico)	
Tráfico de pedras preciosas	



www.tirant.com/br